الكتب القانونية

الأسس العامة للتحكيم الدولى والداخلى

فى القانون الخاص

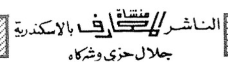
فى ضوء الفقه وقضاء التحكيم

- القانون المختص بحكم عناصر علاقة التحكيم الدولية من حيث الاجراءات والموضوع.
- التحكيم الداخلي في ضوء القانون رقم ٢٧ لسنه ١٩٩٤ باصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية.
- التنفيذ الدولي لحكم المحكمين في مصر في إطار قانون المرافعات والأمر بتنفيذه وطلب وقف التنفيذ.
- بطلان حكم التحكيم.

المستشار الدكتور

منير عبد المجيد

٢٠٠٠

الناشر  بالاسكندرية

جلال حزى وشركاه



الأسس العامة للتحكيم الدولى والداخلى

فى القانون الخاص

فى ضوء الفقه وقضاء التحكيم

المستشار الدكتور
منير عبد المجيد

٢٠٠٠

الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية
جلال حزى وشركاه

مقدمة عامة

صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدر قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الذى أصبح نافذاً من ١٩٩٤/٥/٢٢ ليقيم تنظيماً قانونياً للتحكيم فى صورة نظرية عامة متكاملة بعد أن ألغى المواد ٥٠١ الى ٥١٣ من القانون المرافعات المدنية والتجارية أو غيره من القوانين المعمول بها فى مصر من نصوص مخالفة لهذا التشريع الجديد.

ومن مميزات هذا القانون أن جعل الاتفاق على التحكيم، جائزاً فى العقود المدنية، والعقود التجارية، والعقود الإدارية، ولو كان ناشئاً عن علاقة غير عقدية.

وجعل اتفاق التحكيم إما أن يكون سابقاً على قيام النزاع، سواءً مستقلاً بذاته، أو ورد فى عقد معين، كما يجوز أن يقوم الاتفاق بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام القضاء.

وهذا الاتفاق الملزم لأطرافه هو المعمول عليه فى بيان ولاية هيئة التحكيم. ويهدف إلى سلب اختصاص قضاء الدولة، وإلزام الأطراف بتسوية منازعاتهم بطريق التحكيم الذى يمارس قضاء اتفاقياً تم الخضوع لحكم التحكيم الذى يصدر حائزاً لقوة الشئ المقضى به، بحيث يمتنع الطعن عليه إلا بدعوى البطلان التى تستند إلى أسباب معينة أوردها المشرع فى المادة ٥٣ من القانون.

ولما كان هذا القضاء يقوم على إرادة الأطراف، وكان لهم اختيار القواعد التى تحكم الإجراءات، وتلك التى تحكم الموضوع ومن استقلال

هيئة بمهمتها بسياج من الضمانات التى ترتكز على ثم ، كان لزاماً لتحقيق العدالة وأن يحاط التحكيم بأسس ثابتة، مثل مبدأ كفالة حقوق الدفاع والمواجهة لأطراف النزاع علي قدم المساواة، وأن يرتبط بالحدود العامة التى يجيز فيها القانون للإرادة بانتاج آثارها القانونية، والاستعانة فى أداء وظيفته بسلطة الأمر التى يملكها القضاء. ويمارس هذا القضاء من ناحية أخرى رقابته على أحكام التحكيم عند تنفيذها، فيضفى عليها الصيغة التنفيذية.

وصدور قرار التحكيم على أساس مشارطة التحكيم لاينفى أن المحكّم إنما يمارس ذات الوظيفة التى تقع على عاتق القاضى، وهى حسم النزاع وتحقيق العدالة بين أطراف النزاع، ومع ذلك، لايمكن تجاهل أن هذا الاتفاق ينعكس أثره علي الوظيفة القضائية، كّل هذا فى إطار النظام القانونى الذى يحكم صحة الاتفاقات، مع الالتزام بضابط النظام العام.

وإلى جانب قانون التحكيم، تتحقّق نصوص قانون المرافعات فى المواد من ٢٩٦ الى ٢٩٩، وهى سارية المفعول، إذ لم يتضمن قانون التحكيم مايفيد إلغاءها.

وهذه النصوص تسرى على أحكام التحكيم التى تجرى فى الخارج ويُراد تنفيذها فى مصر، ولم يتفق أطرافها على إخضاعها لقانون التحكيم المصرى، ولاتخضع فى الوقت نفسه لأحكام أية معاهدة دولية.

وتختص بمسألة تنفيذ هذه الأحكام، المحكمة الابتدائية التى يراد التنفيذ بدائرتها، وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى.

وكان من شأن زيادة معدل التجارة الدولية ، ونموها ، وتطور العلاقات التجارية بين الشرق والغرب ، بالإضافة إلى تنوع صورها ، أن أصبحت حقيقة ثابتة حيث تخطت عبر الحدود وارتبطت بأكثر من نظام قانونى ، فى الوقت الذى كشفت فيها النظم الوطنية والقضائية عن قصورها فى بلوغ حد الكفاية لمواجهة عقود التجارة الدولية ، والتصدى لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات ، وهى منازعات تحكمها فى الغالب أعراف وعادات ذات طابع فنى متخصص نشأت بطريقة تلقائية ، وقد أسهم قضاء التحكم فى إرساء قواعدها بعيداً عن سلطان الدولة وقضاء المحاكم الوطنية وعجز قواعد الإسناد عن مواجهة مشكلات التجارة الدولية.

وكثرت أجهزة التحكم المؤسسى Instiutionel والحـــر Libre ou Ad-Ho ، وأصبح النوع الأول تتولاه هيئات منظمة دولية أو وطنية تخصصت فى مجال التجارة الدولية . وأهم هذه المراكز: محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس ، ومحكمة التحكيم الأوربية ، ومحكمة التحكيم بالغرفة التجارية البولندية ، والمركز الإقليمى للتحكيم بالقاهرة ، وإلى جانب هذه المراكز الدولية العامة ، نشأت مراكز متخصصة ، مثل المركز الدولى لتسوية منازعات للإستثمار وقد عمَّ الالتجاء إلى هذه المراكز بإدارج شرط فى العقود الدولية يقضى بذلك.

وهذ المؤسسات لها قواعدها الإجرائية الموحدة التى تضع الطرفين على قدم المساواة.

ولم يعد التحكيم التجارى الدولى قاصراً على فض المنازعات

الناشئة عن عقود التجارة الدولية فحسب، بل إنه يعد وسيلة لتفادى نشوء أى منازعات أثناء مفاوضات إبرام العقود طويلة المدى (١).

وسنري أن قضاء التحكيم قد عالج ظاهرة القصور فى القوانين الوطنية المراد تطبيقها، لاعن طريق تطبيق قانون وطنى آخر ، ولكن من خلال تطبيق قواعد الأمم المتمدنية (٢).

ويعتبر التحكيم بمثابة وسيلة لتغطية القصور فى العقود طويلة المدى (٣).

ذلك أن هذه العقود التجارية تُبرم أو تنفيذ عادة بمعاونة مؤسسة مالية على مدى طويل، وهذه المؤسسة قد تكون جهاز إدارى عام أو بنك ، تكون بمثابة ضامن لاتمام الالتزامات المتبادلة بين الطرفين. وترتبط هذه المؤسسة المالية بالضمان حتى لولم يصبح الحكم الصادر فى المسألة نهائياً فى مواجهة المدعى عليه.

٢- وقد استتبع ذلك ظهور تطور حديث فى قواعد التحكيم (٤) صاحبه تنظيم تشريعى للتحكيم التجارى الدولى يتمثل فى المعاهدات المختلفة، وأهمها معاهدة نيويورك سنة ١٩٥٨ بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، والمعاهدة الأوربية للتحكيم التجارى الدولى المبرمة فى جنيف ١٩٦١ ، وكذلك إتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة والدول الأخرى، التى

---

(١) الدكتور أبو زيد رضوان فى الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولى ١٩٨١ ص٩ .

(٢) مايلى، رقم ١٧٢،٣١ ومابعدها.

(3) Casimo Rusellaı L'arbitrage comme instrument pour combler les "Gaps" dans les contrats internationaux a long terme, Rev. Arb., 1975, P.121.

(4) Motulsky, L'Evolution recente en matiere d'arbitrage, Rev. int. dr. Comp. 1959, P.3. ets.

وضعت قواعد بشأن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم مالم يتفق الأطراف على خلافها.

وقد حققت هذه المعاهدات أثراً ملحوظاً فى توحيد النظام القانونى للتحكيم الدولى إلى حد كبير[١].

ويعتبر القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى للجنة الأمم المتحدة الصادر فى ٢١ يونية ١٩٨٥- الذي اعتنقته كثير من هيئات التحكيم بمثابة التطبيق الموحد للتحكيم الدولى من حيث الإجراءات. ولجوء الأطراف الى مثل هذه المراكز يعتبر إعتناقاً منهم لهذا القانون النموذجي بوصفه قانون الإرادة، وكذلك . فإن نظام التحكيم التجارى الأمريكى الذى يجعل من اتفاق الأطراف على حسم النزاع بواسطة إتحاد التحكيم الأمريكى ، خضوعهم لكافة القواعد القانونية في هذا النظام، من حيث إجراءات انعقاد الخصومة، وتحضير الدعوى وتعيين المحكمين وردهم ، ونظام الجلسات ، والأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية.

ويطلق على التحكيم الذى يستند إلى الإرادة «التحكيم الإختيارى» تمييزاً له عن التحكيم الإجبارى الذى يوجبه القانون بصفة حتمية فى منازعات معينة.

مدى ملاءمة التحكيم الدولى لمنازعات التجارة الدولية :

٣ - يقوم نظام التحكيم ، داخلياً كان أم دولياً ، على تبسيط

---

(١) ذلك أن نطاق المسائل التى يشملها التحكيم بات متبايناً ومعقداً، ولم يعد مقصوراً على تفسير العقود أو الفصل فيها، بل إمتد إلى ملء الفراغ فى عقد غير مكتمل أو تعديل أحكام تضمنها العقد أصلاً على ضوء الظروف الجديدة التى لابستها.

إجراءات الفصل فى النزاع الذى يعرض عليه، والتحرر من الشكليات. ذلك أن للأطراف فى إطار التحكيم مكنة تفادي اختلاف الاراء والقواعد الوطنية التى تختلف من دولة الى أخرى وتؤدى إلى إهدار حقوق الأطراف وتوقعاتهم ، ويعتبر ذلك عاملاً أساسياً لسرعة الفصل فى النزاع [1]. وتحرص لوائح التحكيم فى الوقت نفسه على النص على مدة قصيرة ، يجب أن يتم الفصل فى النزاع خلالها ، وهو مالا يتحقق فى الإجراءات المعتادة أمام المحاكم.

ومن ناحية أخرى ، فإن القضاء يلتزم بتطبيق القانون تطبيقاً جامداً ، أما التحكيم ، فقد يصدر حكماً يتضمن حلاً وسطاً ، ومرضياً للطرفين ، فتستمر العلاقة بينهما ، على الأخص إذا كان هذا الحكم مبناه قواعد العدالة والإنصاف المرنة التطبيق بعيداً عن الإعتبارات القانونية الصرفة.

كما يكفل التحكيم الاقتصاد فى النفقات ، والخبرة الفنية فى المنازعات محل التحكيم، إذ يتيح للخصم ، انتقاء المحكمين ممن لديهم الخبرة الكافية والتكوين المهنى ، بدلاً من عرضه على القضاء الذى قد يلجأ إلى الاستعانة بأهل الخبرة فى مسائل التجارة الفنية ، وبذلك يتفادى طول الإجراءات ، ويؤدي إلى اختصار السبل لحل النزاع.

وكذلك فإن توفير السرية فى جلسات التحكيم [2] التى تكون عادة قاصرة على الأطراف له أهمية فى هذه المنازعات. إذ لايفضل التجار

---

(١) لأن المعاملات الدولية تتأثر بتقلبات أسعار السلع والصرف.

(٢) مالم يتفق الأطراف على مبدأ العلانية. ذلك أن المادة (٢٣) من قواعد غرفة التجارة الدولية تراعى السرية، بقصر تسليم نسخ الحكم الصادر فى النزاع على الخصوم، وكذلك تحظر المادة (٤٨) من إتفاقية واشنطون نشر أى حكم إلا إذا وافق الأطراف على ذلك. وهذا هو الحال بالنسبة لإتفاق تسوية المنازعات الأستثمارية العربية

كشف أسرارهم التجارية فى ساحات المحاكم. ولهذا المبدأ أهمية بالنسبة للشركات العالمية التى تعتمد فى معاملاتها التجارية على الثقة التى ترتبط بسمعتها ، وهو ما لايتحقق أمام القضاء الذي يعتمد على العلانية كضمان للعدالة.

٤- ولايثير التحكيم الدولى مشكلة تنازع الاختصاص القضائى الدولى أمام المحاكم عند تحديد الدولة التي تختص محاكمها بنظر المنازعة [١] وقد يؤدى الاختصاص الدولى للمحاكم إلى اختصاص أكثر من محاكم دولة بنظر النزاع ، وهذه مسائل لاتجد محلاً فى نطاق التحكيم الدولى الذى يقوم أساساً علي إرادة الأطراف فى تحديد هيئة التحكيم، ومكان التحكيم ، وكذلك القواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة التطبيق. كما أن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها أكثر يسراً وسهولة منه بالنسبة لأحكام القضاء ، ولايصادف ذات الصعوبات التى تعترض تنفيذ أحكام القضاء.

٥- وأخيراً ، فإن عدم خضوع التحكيم لأية دولة أو جهة رسمية لها مصلحة معينة ، يؤكد فى نظر المستثمرين الأجانب الحياد اللازم والضمانات الضرورية لحماية استثماراتهم . وذلك على خلاف الوضع بالنسبة للقضاء ، وذلك أن العقود الاستثمارية الدولية غالباً ماترتبط دولة ما معينة بمستثمر أجنبى لايثق عادة في قضاء الدولة المتعاقدة أو فى قوانينها حيث يسهل أن يتأثر القاضى بالدوافع الوطنية التي قد تخالف مصالح المستثمر ، كما أن القوانين فى

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله فى التحكيم التجارى فى مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، والسنة (٦٩) العد ٣٧١-يناير ١٩٧٨) ص٩ .

الدول النامية سهلة التعديل والإلغاء وتتسم بعدم الاستقرار [١]. ولهذا يرتبط التحكيم بالعديد من الاتفاقيات المزدوجة المبرمة بشأن تشجيع وحماية الإستثمارات ومنها ضمانات الدولة المضيفة فى العمل على ثبات الشريع والضريبة ، والمعاملة العادلة للمستثمر الأجنبى، وتعويضه فى حالة التأميم [٢].

التحكيم الاختيارى والتحكيم الإجبارى:

٦- يعتبر التحكيم وسيلة لفض نزاع قائم ، أو مستقبل ، بعيداً عن ولاية القضاء المختص مع التزام الأطراف بعرض النزاع كله أو بعضه على محكم أو ثلاث للفصل فيه بحكم لازم لهم.

ويمكن تعريف التحكيم على نحو يكاد يكون مجمعاً عليه من الفقه بأنه ينطلق من عنصرين يتكون منهما، ويعتد بهما القانون الوضعى، فمن ناحية أن مهمة المحكم هو حسم النزاع والفصل بين إدعاءات متناقضة، ومن ناحية أخرى فإن هذا الوظيفة القضائية تستمد مصدرها من أصل اتفاقى هو إرادة الخصوم المشتركة [٣].

والأصل أن التحكيم فى منازعات التجارة الدولية اختياري. ومع ذلك ، فهناك حالات يكون فيها التحكيم إجبارياً ، مثل اتفاقية برن المبرمة سنة ١٩٦١، والمتعلقة بنقل البضائع بالسكك الحديدية. فقد

(١) الدكتور چورج حزبون: النظام القانونى للتحكيم الأجنبى فى القانون الداخلى، مجلة كلية الحقوق جامعة الكويت، السنة (١١) – ص ١٨٩، ١٩٠ .

(2) Fouchard J. cl.
droit intern altional. Fasc. 585-2.
Procedure civile. Fasc. 105-2.

(3) Motulsky-Etudes et notes sur l'arbitrage, P. 5 e.s.

أسندت الاتفاقية إلى محكمة التحكيم سلطة الفصل فى المنازعات المتعلقة بالنقل بالسكك الحديدية بين رعايا الدول المتعاقدة وغير المتعاقدة.

وكذلك الحال بالنسبة للمركز الدولى لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى بمقتضى إتفاقية واشنطن سنة ,١٩٦٥ وأيضاً يكون التحكيم إجبارياً أمام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية فى عقود المنشآت الصناعية والتوريدات الدولية ذات الشكل النموذجى. وهذا هو الحال فى شأن ماتنص عليه المادة (٩٠) من الشروط العامة للكوميكون سنة ١٩٦٨ من أن جميع المنازعات المتعلقة ببيوع البضائع بين منظمات التجارة الخارجية والناشئة عن العقد يجب ضرورة حسمها عن طريق التحكيم، مع استبعاد إختصاص المحاكم العادية.

وقد ساد التحكيم الإلزامي فى الإتحاد السوفيتي فى إطار المشروعات العامة. إذا لايوجد فى هذا التحكيم خصومة حقيقية تمثل مصالح متعارضة ، ولكنه إختلاف وجهات نظر تابعة لأصل واحد هو الدولة وهدفها هو مصلحة الشعب.

وظهور هذا النمط من التحكيم الإجبارى يستخلص منه أن الإرادة لم تعد أساساً للتحكيم فى جميع الأحوال. ذلك أن فكرة الإرادة لاتسعف فى تفسير التحكيم الإحبارى ، بل إنها تتنافى معه.

وغنى عن البيان أن التحكيم الإجبارى لايخضع لمعاهدة نيويورك، لأن التحكيم الذي تضمنته المعاهدة أساسه «الإرادة المشتركة للأطراف» [١].

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله: تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى فى مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة لسنة ٦٩، العدد ٣٧١، يناير ١٩٧٨ ، ص ٢٣ .

وعلي هذا النحو يخرج عن نطاق قانون التحكيم المصري المنازعات التي تختص بها الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع بمجلس الدولة طبقاً للمادة ٦٦ قيد (ب) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة بإصدار قرار مسبب في صورة رأي ملزم في المنازعات التي تنشأ بين الوزارات والمصالح العامة . أو بين الهيئات والمؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض.

ويُستبعد أيضاً تحكيم منازعات العمل المنفذ المنصوص عليها في المادة ٩٣ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ .

وهذا هو الحال كذلك بالنسبة للتحكيم الحمركي المنصوص عليه القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ بشأن الجمارك .

كما ينأي عن قانون التحكيم المصري ، نظام التحكيم بين الممولين ومصلحة الضرائب الذي أوجده القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ بشأن الضريبة العامة علي المبيعات.

وهذا هو الشأن في وجوب التجاء عضو الجمعية التعاونية للبناء والإسكان إلي التحكيم المنصوص عليه في المادة (١٧) من النظام الداخلي للجمعية عند قيام نزاع بينة وبين الجمعية بسبب صدور قرار من مجلس إدارتها يمس مصلحته.

مدى دستورية التحكيم الإجبارى:

٧- حكمت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤[(١)] بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (١٨) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ بإنشاء بنك فيصل الإسلامى. وبسقوط فقراتها الثالثة والرابعة والخامسة وكذلك ماورد بفقرتيها السادسة والسابعة متعلقاً بهيئة التحكيم المنصوص عليها في الفقرة الثانيةباعتبار أن هذه النصوص تُشكّل في مجموعها وحدة لا تقبل التجزئه، إذ يستحيل عزل بعضها عن بعض ، ولايتصور أن يكون لها وجود إذا حكم بعدم دستورية الفقرة الثانية المطعون عليها..

وكانت الفقرة الثانية من المادة (١٨) من القانون المشار اليه تقضي بأنه « ... أما إذا كان النزاع بين البنك وبين أحد المستثمرين أو المساهمين أو بين البنك والحكومة أو أحد الأشخاص الإعتبارية العامة أو إحدى شركات القطاع العام أو الخاص أو الأفراد ، فتفصل فيه نهائياً هيئة من المحكمين ».

وقد استند الحكم الى أن التحكيم مصدره الإتفاق ... وأن النص المطعون فيه يفرض التحكيم قسراً ... وأن هذا النوع من التحكيم ، يعتبر منافياً للأصل فيه باعتبار أن التحكيم لايتولد الا عن الإرادة الحرة ، ولايتصور إجراؤه تسلطاً أو كرهاً ... إنفاذاً لقاعدة قانونية آمرة لايجوز الإتفاق على مايخالفها، بأن يفرض على أشخاص لايسعون إليه. ويأبون الدخول فيه ... وهو ماينطوى بالضرورة على حرمان المتداعين من اللجوء إلى محاكم القانون العام. بوصفها

---

(١) القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية. المجموعة (٦) ص٤٠٦ .

القاضي الطبيعي بالمخالفة لنص المادة ٦٨ من الدستور.

وأورد الحكم فى أسبابه ، أنه إذا كان قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام الصادر بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ . قد نظم صوراً بذاتها ، كان التحكيم فيها إجبارياً ، هي تلك التى تقوم بين الدولة وبين وحداتها الاقتصادية إلا أن النزاع بين هذه الجهات لايثور بين أشخاص اعتبارية تتناقض مصالحها، أو تتعارض توجهاتها.

التنظيم التشريعى للتحكيم التجارى الدولى:

٧مكرر– ظهر التحكيم التجارى الدولى فى صورة تنظيم تشريعى محكوم بنصوص وقواعد محددة فى المعاهدات المختلفة التى أوضحت الأسس والضوابط التى تحكمه من الناحية الدولية ، سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو القانون الواجب التطبيق.

ومن هذا القبيل معاهدة نيويورك سنة ١٩٥٨ بشأن الإعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، التي انضمت إليها مصر فى ٩ مارس ١٩٥٩، وهذه الاتفاقية مفتوحة لكل دول العالم بنص المادة الثامنة منها. وقد أفسحت المجال لإرادة الأطراف فى شأن إجراءات التحكيم ، وأوردت على سبيل الحصر أسباب رفض الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية.

وكذلك المعاهدة الأوربية للتحكيم التجارى الدولى (جنيف ١٩٦١)، وهى قاصرة على الدولة الأوربية. وتقرر المادة السادسة منها أن للأطراف تحديد القانون الذى يجب على المراكز تطبيقه علي موضوع النزاع، وفى حالة سكوت الأطراف، يطبق المحكم قاعدة الإسناد التى

يراها ملائمة للنزاع، وفى الحالتين يجب مراعاة شروط العقد وعادات التجارة.

وهناك اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين إحدى الدول المتعاقدة ومواطنى إحدى الدول المتعاقدة الأخرى، والتى تعرف بإتفاقية البنك الدولى للاستثمار والتعمير C.I.R.D فى ١٨ مارس ١٩٦٥ . وقد انضمت إليها مصر فى سنة ١٩٧١ . وتطبق هيئة التحكيم لدى مركز تسوية المنازعات قانون الدولة الطرف فى النزاع، شاملة قواعد تنازع القوانين والقانون الدولى مالم يتفق الأطراف على غير ذلك. وتستبعد هذه الإتفاقية من نطاقها المنازعات بين الأفراد بعضهم والبعض الآخر، لأن هذه المنازعات يمكن حلها أو تسويتها من خلال نظم التحكيم الوطنية أو الخاصة. ولايقتصر اختصاص هيئة التحكيم لدى المركز على الدول المتعاقدة، بل يمتد الى المؤسسات ، والوكالات التابعة لهذه الدول أو فروعها، حتي لو كانت تتمتع بقدر من الإستقلال عن الدولة، وبشرط أن تكون المنازعة قانونية، وناشئة مباشرة عن الاستثمار. أما المنازعات بين الدول بعضها مع البعض الآخر، فهي تخضع للقانون الدولي العام (١).

---

(١) الدكتور جلال وفاء محمدين: ألتحكيم تحت مظلة المركز الوطنى لفض المنازعات الأستثمارية، ندوة المركز الدولى للتحكيم التجارى بالأسكندرية سنة ١٩٩١ ص ٧٢ ومابعدها.

وطبقاً للمادة (٣٤) من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية، تختص هذه المحكمة بالفصل فى المنازعات التى تنشأ بين الدول فقط فى شأن تسوية منازعات الأستثمار وذلك بموافقة الطرفين قبل نشوء النزاع أو بمناسبته، وأنه يمتنع على المستثمر فرداً كان أم شركة اللجوء إلى محكمة العدل الدولية، وليس أمام المستثمر سوى أن تتبنى الدول التى ينتمى إليها دعواه بشرط وجود إتفاق مسبق بينها وبين الدول المضيفة على عرض منازعات الأستثمار على المحكمة.

(راجع ذلك معروضاً فى: الدكتور عبد الواحد محمد الفار فى الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية فى مصرص ١٩٩و ٢٠٠).

ومن هذه المعاهدات الإقليميّة المتعلقة بالتحكيم : الإتفاقية العربية لسنة ١٩٥٢ ، والاتفاقية العربية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطنى الدول العربية الأخرى، واتفاقية موسكو فى ٢٩ مايو ١٩٧٢ بشأن تسوية المنازعات بين الدول الاشتراكية بطريق التحكيم ، واتفاقية دول أمريكا اللاتينية ، وأهمها اتفاقية « مونتفيدو » المبرمة سنة ١٩٦١ والمتعلقة بالإجراءات المدنية الدولية، وتم العمل بها سنة ١٩٦٥ .

هذا وقد وضعت لجنة الأمم المتحدة قواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى. وهذه القواعد تستمد قوتها الملزمة من اعتناق الأطراف لها واتجاه إرادتهم فى الخضوع لمركز تحكيم يكفل تطبيقها.

وهذا هو الحال بالنسبة لنظام محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية إذ يترتب على إتفاق الأطراف فى اللجوء إلى تحكيم الغرفة قبولهم لنظامها.

٨- يمر التحكيم بعدة مراحل ، تبدأ بالإتفاق على التحكيم مروراً بإجراءاته حتى صدور الحكم وتنفيذه.

وهذا يعني أن التحكيم لايقوم على عمل قانونى واحد، ولكنه مؤسس على مجموعة من الأعمال القانونية المترابطة والتى يختلف كل منها عن الآخر.

وهذه الأعمال تتم فى تعاقب زمني، منها ما يتعلق باتفاق التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم، وحكم التحكيم . ومن خلال تلك المراحل يتم

تحديد القانون المختص بحكم الإجراءات ، مثل سماع الشهود والخبراء، والإنابة فى الحضور ورد المحكمين ، وكفالة حقوق الدفاع . كما يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية أمام قضاء التحكيم، سواء فى إطار منهج تنازع القوانين ، أوفي إطار قانون التجارة الدولية. وفى هذا النطاق الأخير ، يجب أن نؤكد أنه إذا كان قانون التجارة لدولية التى نشأت أحكامه تلقائياً لتقيم نظاماً قانونياً غير وطنى ، قائماً بذاته ينطبق على عقود التجارة الدولية أمام قضاء التحكيم مستقلاً تماماً على منهج تنازع القوانين، ولايندرج أيضاً فى القانون الدولى العام، ومع ذلك فإن نشوء هذا القانون المستقل لايعنى إهمال منهج التنازع أو استبعاده ، باعتبار أنه يمثل الأصل عند التصدى للحلول المتطلبة فى الحياة الخاصة الدولية بوجه عام ، وفى علاقات التجارة الدولية بصفة خاصة. ولهذا، فإنه لايزال يحتفظ بالصدارة والهيمنة ، وأن قواعد التجارة الموضوعية على ما سنرى [1] ، ليست إلا استثناء ، وأن هذه القواعد الأخيرة لاتستطيع تنحية منهج التنازع عن مكان الصدارة.

٩- إذا كان موضوع الدراسة هو التحكيم الدولى- الاختيارى - المرتبط بعقود التجارة الدولية، ومن ثم يقتضى البحث أن نعرف لاتفاق التحكيم والقانون المختص بحكمه ، وحدوده وضوابطه. وتشكيل هيئة التحكيم، والقانون الواجب على الإجراءات، وكذلك القانون الواجب التطبيق على الموضوع، سواء فى إطار منهج تنازع القوانين أو فى إطار قانون التجارة الدولية. ونتصدى أيضاً للقانون الذى

---

(١) مايلى رقم ٤١ ومابعده.

يحكم التكييف والتفسير. وعمله الوفاء أمام هيئات التحكيم. وأخيراً لحكم التحكيم. فنوضح المبادئ العامة التى تحكمه. وضوابط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى ظل معاهدة نيويورك وإتفاقية جامعة الدول العربية. ومن خلال هذه الدراسة نعرض للتحكيم الداخلى ثن تبيِّن دور القضاء فى معاونة هيئات التحكيم.

تقسيم :

١٠- وفى ضوء ماتقدم يتعين تقسيم الدراسة على النحو الآتى:

الفصل الأول : اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق.

الفصل الثاني : تشكيل هيئة التحكيم.

الفصل الثالث : القانون الواجب التطبيق على الإجراءات .

الفصل الرابع : القانون الواجب التطبيق على الموضوع.

الفصل الخامس : حكم التحكيم والأسس العامة لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى إطار معاهدتى نيويورك وجامعة الدول العربية.

١٠ مكرر- وفى إطار التحكيم ، نلتقى بقوانين البوليس فى مقر التحكيم . وقوانين البوليس فى مكان التنفيذ، وقوانين بوليس العقد. وهذه الأخيرة منها مايشكل جزءاً لايتجزأ من القانون الواجب التطبيق على العلاقة. ومنها مايكون له إرادة التطبيق دون أن

ينتمى الى قانون العقد [١].

وجميع هذا القوانين ذات التطبيق الفورى ، تعتبر أجنبية بالنسبة للمحكم.

وكثيراً ما تلجأ هيئات التحكيم إلى فكرة النظام العام الدولى بالمفهوم الوارد فى إطار تنازع القوانين. وأيضاً الى فكرة النظام العام الدولى الحقيقى [٢]، التى تجد صداها فى القضاء الفرنسى . وتتمثل فى مفاهيم ، أساسية ، ثابتة ، أو موحدة فى جميع أنحاء العالم ، بحيث تتجاوز الحدود الإقليمية ، أو تنحصر على الأقل فى مجموعة مشتركة من الدول، قد ترتبط بمعاهدة ، وهى تعبر عن فكرة العدالة والأخلاق الدولية. مثل تحريم تجارة الرقيق والمواد المخدرة، والإرهاب.

وقبل أن نتصدى لدراستنا على هذا النحو ، يتعين أن نعرض فى فصل تمهيدى لمفهوم منازعات التجارة ذات الطابع الدولى ، وكذلك لقانون التجارة الدولية من حيث مكوناته، ومدى اعتباره قانوناً ، ومدى الأفضلية بينه وبين منهج التنازع ، بإعتباره يمثل كياناً جوهرياً له أهميته، يدخل فى نطاق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية فيما ينشأ عنها من منازعات أمام قضاء التحكيم . وفكرة تدويل عقود التجارة الدولية.

---

(١) ويوضح Wengler أن الأمر يتطلب رابطة حقيقية وثيقة بين النظام الذى أصدر قانون البوليس وبين العلاقة القانونية التى يطالب هذا القانون بحكمها.

"Le Loi qui revendique elle même competence" cité par Gothot. Le renouveau de la tendence unilateraliste en dr. int. priv. Rev. crit. 1971.P.239, 240.

(١) وقد إتجه جانب من الفقة، إلى علو النظام العام الدولى الحقيقى على سائر النظم العامة الدولية المختلفة، والتى ترتبط بالقانون الواجب التطبيق.

Goldman; La lex Mécatoria dans les contrats el l'arbitrage international.
Trav. com. Fr. dr. int. priv. 1979.P.475.

فصل تمهيدى
فى نطاق تطبيق قانون التحكيم المصرى
ومفهوم منازعات التجارة ذات الطابع الدولى
وقانون التجارة الدولية

تمهيد وتقسيم:

١١- يقتضى الأمر تقسيم هذا الفصل الى مبحثين نعرض فى المباحث الآتية :-

المبحث الأول

نطاق تطبيق قانون التحكيم المصرى

المبحث الثانى

مفهوم منازعات التجارة الدولية ذات الطابع الدولى

المبحث الثالث

قانون التجارة الدولية

المبحث الأول

نطاق تطبيق قانون التحكيم المصرى

يسرى قانون التحكيم المصرى فى حالتين :-

١- إذا كان التحكيم داخليا بحتاً ، يجرى فى مصر . هنا اعتد المشرع بقانون مكان التحكيم.

٢- إذا كان التحكيم دوليا يجرى داخل مصر.

أما إذا كان التحكيم تجارياً دوليا يجرى فى الخارج ، فلا يجوز إخضاعه للقانون المصرى ، إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك، أى أن سريان قانون التحكيم المصرى على التحكيم التجارى الدولى الذى يجرى فى الخارج يكون رهناً بإرادة الأطراف.

ومعيار الدولية المنصوص عليه فى قانون التحكيم يجمع بين كل من المعيارين الاقتصادى المتعلق بالتجارة الدولية أي حركة المد والجذر للأموال والبضائع عبر الحدود، والمعيار القانونى المتعلق يكون مقر أعمال الأطراف كائنا فى أكثر من دولة.

هذا مع مراعاة المعاهدات الدولية التى انضم إليها قانون الدولة التى صدر التحكيم على اقليمها مثل اتفاقية نيويورك، إذ تحتفظ المادة الأولى من الباب الأول المتعلق بالأحكام العامة فى شأن التحكيم للاتفاقيات الدولية المعمول بها فى مصر بنطاق تطبيقها. والمفروض أن هذا التحفظ مفهوم بداهة بغير نص ، وذلك تطبيقاً لحكم المادة

(٢٣) من القانون المدنى المصرى التى تؤدى الى هذا المفهوم ، وتسبغ على الاتفاقية أولوية التطبيق على القانون سواء أكان سابقاً أم لاحقا باعتبار أن الاتفاقية تعتبر فى مصر قانوناً خاصاً.

المبحث الثانى
مفهوم منازعات التجارة الدولية

تمهيد وتقسيم :

١٢- نعرض فى هذا الصدد لمفهوم هذه المنازعات ذات الطابع الدولى فى إطار المعيارين القانونى والاقتصادى ، ثم فى إطار قواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى. وفى نطاق معاهدة نيويورك ثم لأهمية التفرقة بين التحكيم الوطنى والتحكيم الدولى على النحو الآتى :

المطلب الأول : منازعات التجارة الدولية فى إطار المعيارين القانونى والاقتصادى.

المطلب الثانى : منازعات التجارة الدولية فى إطار القانون النموذجى للأمم المتحدة.

المطلب الثالث : منازعات التجارة الدولية فى إطار معاهدة نيويورك.

المطلب الرابع : أهمية التفرقة بين التحكيم الوطنى والتحكيم الدولى.

المطلب الأول
منازعات التجارة الدولية
فى إطار المعيارين القانونى والإقتصادى

١٣- هى تلك المنازعات ذات الطابع القانونى ، التى تتم على المستوى الدولى سواء أكانت هذه المنازعات بين الأشخاص الخاصة الطبيعية والمعنوية من جنسيات مختلفة ، أو بين الأشخاص العامة ، كالدول ، أو إحدى مؤسساتها من ناحية وبين أشخاص خاصة أجنبية أو معنوية من جهة أخرى.

ومن هذا القبيل التحكيم الذى يتم بين الدول وشركات البترول أو بين الدول وشركات خاصة بنقل التكنولوجيا (١) كما تنصرف تلك المنازعات إلى عقود التوريدات الدولية ، والقروض الدولية ، ومقاولات بناء المصانع ، والموانئ فى بلاد أخرى ، وكذلك البيوع الدولية للمنقولات المادية، وما يرتبط بها من عمليات أو عقود تتصل بالنشاط التجارى ، مثل التأمين ، وسندات الشحن ، ومشارطات الإيجار المتعلقة بالنقل.

١٤- وطبقاً للمعيار القانونى الحديث (٢) ، تعتبر العلاقة دولية ، متى كان من شأنها تحريك بعض القواعد القانونية التى أعدت خصيصاً لحكم العلاقات الدولية ، بحيث تتعدى نطاق القانون الداخلى

---

(١) ذات الطابع التجارى. فتستبعد عقود نقل التكنولوجيا على سبيل المجاملة. والمعرفة أو المنحة.

(2) Ed KOCHERIE: La notion de contrat international, Thése, Rennes, 1962,P.537.

وترتبط بأنظمة قانونية أخرى.

وتأسيساً على هذا المعيار «لايكون تحكيماً دولياً احتكام سويسريين فى تفسير عقد داخلى ، لدى محكم فرنسى أو ألمانى متوطن فى سويسرا (١). إذ لاتندرج فى منازعات التجارة الدولية العلاقات التى تتركز عناصرها ويترتب آثارها فى المحيط الداخلى لدول معينة (٢).

١٥. وقد استخلصت محكمة استئناف باريس فى ٢٨ يناير ١٩٨٨(٣) الطابع الدولى للعلاقة الخاضعة للتحكيم ، من أن النزاع الذى ينصب أساساً من حيث موضوعه على «نشر ، أو توزيع ، أو استغلال فيلم فى أقاليم العالم بأسرها» يتعلق «بحركة الأموال عبر الحدود» ويثير مصالح التجارة الدولية (٤).

ويستجيب التعريف الذى نصت عليه المادة ١٤٩٢ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد إلى المعيار الاقتصادى لدولية العملية المتنازع عليها ، والذى يستند الى حركة المد والجزر عبر الحدود سواء كانت تلك الحركة مفردة أو مزدوجة Le mouvement soit bilatéral ou unilateral دون أن يقيم وزناً لأى اعتبار قانونى مثل الجنسية ، أو مكان الإبرام أو مكان التنفيذ.

وقد اعتنق التعديل الحديث للقانون البرتغالى الصادر بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٦ فى ٢٩ أغسطس سنة ١٩٨٦ المعيار الاقتصادى

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله: التحكيم التجارى الدولى فى مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٣٧١ص١٥ .

(٢) بشرط أن يتم تنفيذ الحكم فى ذات الدولة.

(3) Clunet 1989, P. 1021 et s. Note Loquin.

(4) "Un mouvment des biens à travers les frontiers".

للتحكيم التجارى الدولى نقلاً عن القانون الفرنسى.

وهذا المعيار يهدف إلى غايات اقتصادية مستوحاة من حرية المبادلات فى إطار التجارة الدولية ، وقد يؤدى انتزاع العلاقة القانونية من مجال تنازع القوانين ، لإخضاعها لقواعد التجارة الدولية.

استناداً إلى ماتقدم ، يدخل فى منازعات التجارة الدولية ، «تسليم بضائع مجهزة فى الخارج ، أو إجراء نقل المعرفة الفنية(١) إلى الخارج» أو الاستثمار الأجنبى والتمويل الخارجى للمشروعات العامة المنفذة فى لبنان، بموجب عقود مع مستثمرين عرب وأجانب لتنفيذ مشروعات إنمائية واعمارية واستثمارية فى لبنان» (٢).

إن أعمال مصالح التجارة الدولية ، كان واضحاً فى دعوى(٣) Menicucci التى عرضت على القضاء الفرنسى ، حيث أن محل العقد فيها بيع أنابيب فى أمريكا تم صنعها بمعرفة فرنسى. وهذا هو العنصر الوحيد فى الدعوى الذى أدى إلى اعتبار العقد دولياً وفقاً للمعيار الإقتصادى.

وطبقاً لهذا المعيار الإقتصادى الذى يعتد بمصالح التجارة الدولية، أنكرت محكمة النقض الفرنسية فى ٧ أكتوبر ١٩٨٠. (٤) الطابع الدولى - فى مفهوم قضاء التحكيم الدولى - لعقد مبرم بين فرنسيين

---

(1) Paris, 8 Déc. 1988, Rev. Arb. 1989, P. III. Cour D'appel de Paris 13, Nov. 1992, Rev. crit 1973, P632 et. s.

Paris 9 Juillet 1968, Rev. Arb. 1989, Note Fouchard.

(٢) الدكتور محى الدين القيسى فى منازعات العقود الأدارية مذكرات بيروت فى ١٩٩٩/٥/١٧ المركز اللبنانى للتحكيم ص ١٢ .

(3) Paris, 13 Déc. 1975, Arb. 1976, P. 507.

(4) Rev. Crit. 1981, P. 313, Note Mestre.

متواطنين فى فرنسا ، وتخضع العلاقة للقانون الفرنسى ، حتى ولو كان أحد المتعاقدين ممثلاً تجارياً مغترباً فى كولمبيا. ورأى جانب من الفقه الفرنسى [١] أن الأمر يتغير فيما لو كان النزاع فى الحكم المشار إليه يتعلق بتجارة الممثل التجارى فى كولومبيا بخصوص نشاط فى هذا الاقليم ، عندئذ فإن النزاع يثير مصالح التجارة الدولية فى مفهوم المادة ١٤٩٢ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد. ويصدق الطابع الدولى بهذا المفهوم على التحكيم الذى ينصب على نزاع بشأن عقد مقاولة يتم تنفيذه فى الخارج. وكان النزاع بين شركتين وطنيتين ويتضمن انتقال الخدمات المدنية الهندسية إلى الخارج [٢].

وقد حكمت محكمة استئناف باريس فى ١٤ مارس ١٩٨٩ [٣] بأنه «يعتبر التحكيم دولياً ، ذلك الذى يتعلق بعقد مبرم بين مقاول أجنبى ومقاول من الباطن فرنسى ، ويبين من عقد المقاولة من الباطن أنه يرتبط ارتباطاً وثيقاً بعقد أصلى كان قد أبرم بقصد أن يتم تنفيذه من حيث التسليم والوفاء فى فرنسا. وكان النزاع الناشئ بصفة أساسية يخص متطلبات فنية لرب عمل أجنبى تم تمويلها بمعرفة المقاول الأجنبى للمقاول من الباطن.

كما حكمت محكمة باريس فى ٩ ديسمبر ١٩٨٠ [٤] بأن :

«التحكيم الذي يتم بين شركة فرنسية وشركة تركية لتسوية نزاع

---

(1) Pierre Bellet et Ernst Mezger: L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile, Rev. 1981, P. 617.

(2) Paris 8 Déc. 1988, clunet. 1989, P. 111.

(3) Cour D'Appel de Paris 14 Mars 1989, Rev. Arb. 1990, P. 355.

(4) Rev. Arb. 1981, P. 306 et s.

حاصل بمناسبة تنفيذ عقد يتعلق بتسليم بضاعة فى تركيا ، تمثل طابعاً دولياً ، متى كان يثير مصالح التجارة الدولية. وعلى العكس فقد ذهبت محكمة استئناف Rouen فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٨٦ (١) أنه لايمكن تكييف التحكيم بأنه دولى لمجرد اشتراط أن القانون المطبق هو قانون أجنبى وفى الوقت نفسه فإن العقد المتنازع عليه متعلق بنقل ذرة من ميناء فرنسى Rouen إلى ميناء فرنسى Pointe de Galets فإن التحكيم المتفق عليه يكون داخلياً ولو كان الناقل من جنسية سويسرية وكان المجهز من جنسية باناما.

١٦- ولما كان تعريف العقد الدولى بهذا المفهوم الإقتصادى على حد تعبير Philippe malaurie (٢) - ليس متماثلاً فى ذاته . فالعقد الدولى الذى يبيح شرط الذهب يتمثل فى حركة المد والجزر عبر الحدود (٣) ، وفى حين أن العقد الدولى الذى يبين شرط التحكيم انما يتعلق بعقد يخص روابط التجارة الدولية ، وفى نطاق السعر الإلزامى (٤) يمكن أن نرى تعريفاً مختلفاً للعقد الدولى. بهذا المفهوم ، يستند إما إلي موضوع العملية (٥) ، وإما لأن نشاطه الإقتصادى يتم فى إطار سوق دولية بعيداً عن المجال الداخلى (٦).

وهذا التغاير فى التعريفات، يكشف عن تعقد فكرة العقد الدولى

---

(1) Rev. Arb. 1987, P. 339 note Mezger.

(2) MALAURIE: Note sous Cass. Civ., 4 Nov., 1958, Rec. Dalloz 1959, P. 363.

(٣) إذ يعتبر المعيار الأقتصادى على هذا النحو شرطاً لتطبيق قواعد صحة الشروط المالية فى عقد معين.

SALMA: Les conflits de lois en matiére de Prêts. P. 73, Note 79.

(4) MALAURIE : La note préc. Recuil Dalloz, 1959, P. 363.

(5) "L'objet de l'opération".

(6) "Parce qu'il accomplit son activité économique, non dans un circulation interne, mais, dans un marché international".

بالمفهوم الإقتصادى وعدم ارتباطه بقواعد لها طابع العمومية لتحديد نطاقه.

١٧ - كما أن الفقه الفرنسي نفسه يؤكد أن تعريف العقد الإقتصادي الدولي بمعرفة القضاء يعتبر تعريفاً فرنسياً بالمعنى الدقيق (١).

أى أنه يرتبط بالدرجة الأولى بالظروف الإقتصادية للمجتمع الفرنسى، مما يستفاد منه أن هذا التعريف يمكن أن يختلف أيضاً من دولة إلى أخرى. واستناداً إلى هذا المنطق، لا يتأتى القول بأن معيار العقد الدولى يرتكز على تعريف فرنسى، لأن هذا يتناقض مع فكرة عمومية العقد الدولي التى يجب أن تعتبر واحدة فى كل الدول. ومن هنا، تبدو قيمة المعيار القانونى وأهميته ، وهو المعيار المؤسس على أن فكرة العقد الدولى يجب ألا تتغير ، وهى فكرة تشكل جزءاً من النظام القانونى الحالى المعترف به فى جميع القوانين ، والنظم الوطنية.ومن ثم ، وجب أن يسود المعيار القانونى للعقد الدولي ، لأن هذا المعيار يكفل وحدة الحلول، ويحقق على هذا النحو الأمان القانونى . ولهذا يقرر Lossouarn (٢) أن المعيار القانونى الجامد أفضل لاشك من المعيار الاقتصادى المتغير. ويشير Batiffol (٣) - بحق - فى شأن

(1) HMEL J. Note Sous cass. Civ. 1950, MessAgeries Maritimes, J.C.P., 1950, II. 5812 et Recel Dalloz, 1951, P. 749 et spéc. P. 751.

(2) Droit du Commerce Int., Rev. Trim. Comm., 1965, P. 365.

وهذا المعيار القانونى وحده، وهو يضمن شيئاً من الثبات والعمومية فى تعريف العقد الدولى.

SAIAMA: Les Conflits de lois en matiére de Prêts internationaux, P. 104.

(3) BATIFFOL : L'avenir de Dr. Int. Privé, choix d'articles, Paris, 1976, PP. 351-331 et Imprimerie de la Tribunal de Genéve, Mai 1973, Cité par Gury Horsmans et Michel Verwilghen: Contrat Economique International Stabilité et Evolution, Travaux de VII Journées d"Etudes Jean Dabin, 1975, P. 457.

العقود الإقتصادية ومستقبل القانون الدولى الخاص ، أن المعيار الإقتصادى لايتلاءم مع التوسع فى طوائف جديدة من العقود ، لن يصلح لمواجهتها وتحديد نطاق تطبيقها الخاص إلا المعيار القانونى ، وأن النظرية التقليدية لتنازع القوانين ستظل، مستقبلاً لها الصدارة فى حل مشكلات القانون الدولى الخاص كما كانت من قبل.

ونضيف فى هذا الخصوص أن انطواء العقد - وفقاً للمعيار الاقتصادى - على حركة دخول وخروج الأموال والقيم عبر الحدود ، إنما يعنى - بحق توافر العنصر الأجنبى الذى يتركز فى سبب التعاقد أو الجهة التى يتم استيراد المال منها أو تصديره إليها ، وهو مايكفى لتوافر المعيار القانونى لدولية العقد وبالتالى إمكان إسناده الى قانون أجنبى (١).

ولهذا يجمع الفقه (٢) على أنه إذا كان العقد الإقتصادى الدولى يحمل فى طياته معياراً قانونياً ، أى عنصراً أجنبياً، فإن العكس ليس صحيحاً . فقد يتوافر المعيار القانونى ولايتضمن معياراً إقتصادياً ، لأن العقود المبرمة بين الأفراد من جنسيات مختلفة يمكن ألا تخص إلا إقتصاد بلد واحد فقط. واستناداً إلى هذا الإتجاه ، فإن Golman (٣) ، عندما يقرر أن العقد هو أداة الإنتاج أو المبادلات الدولية، فإنه يشتمل حتماً على أسانيد قانونية متعددة الجنسيات، وعلى الأخص لأن البائع والمشترى متوطنان فى دول مختلفة ، أو لأن المستثمر يخضع لدولة أخرى غير تلك التى يستثمر فيها أمواله ، أو أيضاً إذا كانت البضاعة منتجة فى دولة غير تلك التى تم تسليمها فيها . وعلى العكس ، إذا

(1) Jacues Mestre : Note Sous Cass. Civ. 7 Oct. 1980 Rev. Crit., T. (80), P.323 et s.

(2) GOLDMAN : Note Sous: Paris 19 Juin 1920, J.C.P., 1971, II, 16927.

(3) GOLDMAN : La Note Préc. au J.C.P.

باع أحد المنتجين بكافيون خضروات واجبة التسليم ومستحقة الوفاء بفرنسا إلى بقال إيطالى بباريس ، فإن هذا العقد يعتبر دولياً وفقاً للمعيار القانونى لإنطوائه على عنصر أجنبى ، ولايعتبر كذلك وفقاً للمعيار الإقتصادى (١).

١٨- ومع ذلك ، فإننا نعتقد أنه وإن كان صحيحاً أن المعيار القانونى هو الذى يجب الاعتداد به ، إلا أننا لانرى أن مجرد توافر أى عنصر أجنبى يكفى فى ذاته لإضفاء الصفة الدولية على العلاقة.

إذ يشترط فى هذا العنصر أن يكون منتجاً بحيث تتحقق له فعاليته فى العلاقة. ومن ثَمَّ ، كان لزاماً وزن كل من هذه العناصر الأجنبية (٢) التى يمكن الاعتداد بها فى إطار عملية التكييف لبيان أهمية هذا العنصر وإستظهار مدى تأثيره على تلك العملية . وبعبارة أخرى ، يجب على قضاء الموضوع استخلاص العناصر الأجنبية الحاسمة فى اعتبار العقد دولياً. فقد يكون العنصر ضئيل الأهمية أو محايداً (٣). ومن ثم يكون قاصراً عن بلوغ حد الكفاية فى إسباغ هذا الطابع على العلاقة. ولذلك فإن الإتجاهات الحديثة فى فقه القانون الدولى الخاص ، ترفض إضفاء الصفة الدولية على الرابطة التعاقدية لمجرد تضمنها لأى عنصر أجنبى، وتؤكد ضرورة الإعتداد فى هذا الصدد بالعنصر المؤثر لذى يتفق وطبيعة العلاقة محل البحث (٤).

---

(1) GOLDMAN : La Note Préc. au J.C.P.

(2) DELAUME : What is an int. Contral? op. cit., P. 279.

(3) ELKOCHERIE : La notion ..., op. cit., P. 405 et s.

(٤) الدكتور هشام صادق فى التعليق على أحكام محكمة النقض فى مسائل القانون البحرى.

١٩٨٥ ، ص ٢٥٤،٢٤٨،٢٤٦ .

وفى هذا يشير Jacques Mestre (١) أن المعيار القانونى ليس أمراً ميسوراً واضحاً كما نتصوره، كما أنه فى الحقيقة ليس موحداً. والأدق بدلاً من التمسك بمعيار معين ، يكون صحيحاً القول بوجود عدة معايير ملائمة فى إطار طريقة التكييف القانونى.

ولهذا، فإن أى مركز أو علاقة نشأت فى بلد معين ، وتقوم على مجرد ارتباط ضعيف أو بعيد مع بلد أجنبى، لايكفى لأن تثير تدخل القانون الدولى الخاص. بل يلزم أن يكون للعنصر الأجنبى بعض الكيان ، أو أن يتم بحد أدنى من الأهمية ، وعلى سبيل المثال ، بيع أبرم فى هولندا بين هولنديين محله سيارة إنجليزية أو فرنسية ، فإن هذا العنصر يعد بذاته عنصراً أجنبياً. ولكن يجب أن نبادر إلى القول بأنه عنصر يتجرد من أى معني متى كانت المسألة المطروحة متعلقة بصحة البيع. وعلى العكس ، إذا كان النزاع يدور حول مسئولية الصانع، فيمكن أن نتصور العنصر الأجنبى، أى المصدر الأجنبى للسيارة يكون له أهميته. وعلى ذلك ، فإن أي ظرف أو عنصر أجنبى يمكن حسب طبيعة المشكلة المطروحة أن يعتد به من جانب قواعد القانون الدولى الخاص أم لا، وهذا يعبر عن نسبية الطابع الدولى للمركز محل الإعتبار (٢).

وفى قضية Atlas Trading Company (٣) ، أبرمت شركتان سويسريتان عقد بيع أو بدل يتطلب عملية نهائية متعلقة بسداد واسترداد مبالغ تتم فى سويسرا، ولكن المركز لم يكن مع ذلك داخلياً محضاً ، لأن جزءا داخلاً فى تنفيذ العقد كان يجب أن يتم فى ألمانيا،

(1) JACQUES MESTRE : Note sous Cass. Ci. 7 Octobre 1980, Rev. Crit., 1981, P. 324, No. 19.

(2) LAIVE P. : Cours Général de droit int. privé, Recueil des Cours, 1977, T.2, PP. 16,17, et 18.

(3) Arrêts du Tribunal Suisse, Journal des Tribunaux, 1954-I-581.

لأسباب متعلقة بالنقد. اعتبرت المحكمة الفيدرالية أن هذا الظرف فى الدعوى بالنسبة للظروف الأخرى لم تكن له سوى أهمية ثانوية.

ويـري Lalive أن هذا الظرف ، وإن كان ثانوياً بالنسبة للإسناد الموضوعى للعقد، طالما أن النزاع يرتبط ارتباطاً وثيقاً بسويسرا، فإنه يكفى لجعل العقد دولياً، ويؤدى تبعاً إلى إعمال قواعد القانون الدولى الخاص. ومع ذلك ، فإن قواعد إسناد هذا القانون تفضى الى أن قانون القاضى السويسرى يطبق على موضوع النزاع ، وبداهة ليس على أساس أن المركز كان دولياً محضاً بسب الأهمية الثانوية للعنصر الأجنبى (١).

وغنى عن البيان، أنه إذا كانت دولية العلاقة يمكن أن تستخلص من العناصر الأجنبية المؤثرة التى تدخل فى تكوينها، فإنه من الخطأ أن نستخلص هذه الدولية من الاختصاص التشريعى المعترف به للقانون الأجنبى (٢).

ومن استقراء القانون المقارن يتضح أن المشرع حين يتجه نحو وضع تنظيم خاص بالتحكيم الدولى إنما يشير بالضرورة إلى تعريف التحكيم الدولى ليس استناداً إلى وجود عناصر أجنبية فى كل دعوى ، إنما بمقتضى ضرورة واحدة تضمن فى الواقع أن يكون النزاع فى أصله أو فى حد ذاته دولياً (٣).

١٩- واستناداً إلى ماتقدم ، لايدخل فى إطار قانون التجارة الدولية المعاهدات التى تبرمها الدول استناداً إلى سيادتها فى شئون تجارتها الخارجية ، مثل معاهدة روما بشأن إنشاء السوق الأوربية

(1) LAIVE, op. cit., PP. 18 et 19.

(2) Opetit. B Note sous Paris 30 Nov. 1972. clunet 1973, P. 391.

(3) Founchard. Arbitrage Commercial International I. cl. dr. international. Fasc. 585-1 Pracedure civile-Fasc-1050 n°-92 P. 20.

المشتركة ، والاتفاقات الثنائية المتعلقة بالإعفاءات الجمركية ، إذ يحكمها القانون الدولى الإقتصادى دون قانون التجارة الدولية(١).

ولايعني قانون التجارة الدولية إلا علاقات القانون الخاص (٢) ، دون نظر إلى صفة أطرافها. فالعبرة هى بطبيعة العملية وكونها من روابط القانون الخاص.

وعلى ذلك ، يتعين فى هذا الصدد ، استبعاد المنازعات التى تكون الدولة فيها سلطة ذات سيادة ، أى تتسم بطابع سياسى من مجال المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية مثل القروض بين الدول بمعنى أنه يتعين استبعاد منازعات التحكيم التجارى التى تجرى بين الدول أو بين دولة أو أحد أجهزتها العامة التى تنبثق منها من ناحية ، وبين هيئة دولية من ناحية أخرى ، وترتبط بأُحكام القانون الدولى العام(٣) . فإذا وجدنا أن الدولة طرفاً فى رابطة باعتبارها تمثل المجتمع ، أى سلطة لها حق الأمر أو الطاعة ، عدت رابطة قانون عام، وإلا فإنها تدخل فى دائرة روابط القانون الخاص وعلى ذلك، فإن المنازعات الناشئة عن عقود الدولة أو أحد مؤسساتها العامة وبين مشروع أجنبى خاص ويقوم على اتفاق تحكيم أو شرط تحكيم. تدخل فى نطاق هذه الدراسة (٤).

(1) GOLDMAN : Droit du Commercel Int., PP. 14 et 15.

(٢) وقد هجرت دول الديمقراطية الشعبية وصف الخاص للقوانين أو الحقوق، ولم يعد هناك مجال للتفرقة بين القانون الخاص أو العام.

(David R. Les grands Systemes de droit Contomprain Daloz Paris, 1964, P. 258 n° 209).

وكذك فإن التفرقية بين القانون العام والقانون الخاص غريبة عن القضاء فى النظام الإنجليزى والأمريكى (David ...op. cit., P. 408) والتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص نسبية فى الزمان والمكان، مما يؤدى إلى إهتزاز التفرقية بينهما.

(3) I.C.I Fasc. 585-1n°. 60.

(4) Fouchard I.C.H. Fasc. 585-1, P. 15 n°. 59,60.

وقد نصت لائحة غرفة التجارة الدولية على تحديد إختصاصاتها بالمنازعات ذات الطابع الدولى التى تنشأ فى مجال التجارة «الأعمال» (مادة ١ من لائحة غرفة التجارة الدولية).

٢٠- وهناك من الدول ما لايجيز التحكيم إلا في المسائل التجارية(١).

إذ أن معاهدة نيويورك لم تشترط أن يكون النزاع تجارياً ، لأن من الدول ما لايعرف التفرقة بين المسائل المدنية والمسائل التجارية وذلك حتى يتسع نطاق المعاهدة ، ولاتحجم الدول عن الإنضمام اليها. ومع ذلك يجوز للدولة المتعاقدة أن تقصر تطبيق المعاهدة على المنازعات الناشئة عن روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية التى تعتبر تجارية وفقاً لقانونها الوطنى.

وحيث انضمت مصر إلى معاهدة نيويورك ، لم تتمسك بأى تحفظ فى شأن شرط التجارية ، ومن ثم لايشترط بالنسبة لها أن يكون النزاع الدولى المعروض على التحكيم ناشئاً عن عمل تجارى، بمعنى أنه يستوى أن يكون مدنياً أو تجارياً.

كما أنها لم تبد أى تحفظ عند انضمامها للإتفاقية بشأن شرط التبادل. ومن ثم ، يجوز أن يكون الطرف الآخر فى إتفاق التحكيم دولة غير منضمّنة لإتفاقية نيويورك.

---

(١) الدكتو جعفر عبد السلام: مبادئ القانون الدولى العام، ١٩٨٦، الطبعة الثانية، ص٢٩ .

المطلب الثانى
منازعات التجارة الدولية فى إطار القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى

٢١- إذا كان القانون النموذجى لقواعد الأمم المتحدة ينطبق على التحكيم التجارى الدولى، فإنه يتعين بادئ الأمر تحديد مدلول إصطلاح «التجارى».

والواقع أنه لايمكن حصر إصطلاح «التجارى» على المفهوم الضيق له، بقصره على معاملات التجار وحدها فيما بينهم، بل ينبغى- كما أوضح القانون النموذجى ذاته- تفسير هذا المصطلح تفسيراً واسعاً، بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات التجارية ، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. والعلاقات ذات الطبيعة التجارية تشمل دون حصر، المعاملات التالية: أى معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها، وإتفاقات التوزيع ، التمثيل التجارى أو الوكالة التجارية، إدارة الحقوق لدى الغير، التأجير الشرائى ، تشييد المصانع، والخدمات الإستشارية، الأعمال الهندسية، إصدار تراخيص الإستمار (١)، التمويل، الأعمال المصرفية ، التأمين ، إتفاق أو إمتياز الإستغلال (٢) ، المشاريع المشتركة، وغيرها من أشكال التعاون الصناعى أو التجارى أو نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية.

---

(١) مثل عقود الأستثمارات الصناعية والزراعية والسياحية والفكرية ونقل المعرفة.

(٢) مثل العقود التجارية التى تكون الدولة أحد أطرافها، ويقصد بها العقود الإدارية.

ويجب بوجه عام - بصرف النظر عن القانون النموذجي لقواعد الأمم المتحدة- القول بأنه لاحاجة لوجود نص بالذات يضفى على العلاقة محل البحث وصف العمل التجارى ، طالما أن العلاقة فى مجموعها تتناول تبادلاً دولياً للسلع والخدمات.

وقد فسر القضاء الفرنسى اصطلاح «التجاري» استناداً إلى التحفظ الذى أبدته فرنسا فى شأن تطبيق معاهدة نيويورك (١) ، بتحديدها بالمنازعات المعتبرة تجارية بمقتضى قانونها الوطنى "Par sa loi nationale" - وأنه لايقصد بالتجارية المفهوم التقليدى المنصوص عليه فى القانون التجاري، فكثير من الأشخاص الذين يعتبرون تجاراً فى إطار هذا المفهوم المتعارف عليه فى القانون التجارى (٢)، يسهمون اليوم بصورة واضحة فى الحياة الاقتصادية التجارية، ومن هذا القبيل: الممثل التجارى، والممثل ، ورئيس فرقة الموسيقى ، والمحامى، وكثير من أعضاء المهن الحرة ، ويدخل فى هذا الإطار الدولة بصفتها مستأجرة لسفن حى ولو كانت لحاجات لاتتصل بالتجارة ، وكذلك العامل اليدوى الذى يبرم عمليات ذات طابع دولى بوصفه مهنياً(٣).

على أية حال ، يجب اعتناق معيار موسع للتجارية فى هذا

---

(1) La texte de la convention, Rev. Crit. 1958, P. 447 et la Revue Française 1959, P. 522.

(٢) وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية فى ٢٤ مارس ١٩٨١ أساساً بشأن الطابع التجارى لنشاط تربية الحيوانات وعقود شراء المواد الغذائية المبرم بمعرفة المربى لغذاء «الخنازير» وأنه إذا كانت المشتروات هامة؛ وتتم على وجه الأعتياد والإنتظام، فإنها تفقد طابعها القانونى كنشاط زراعى، والذى يعتبر بحسب الأصل- مدنياً، وتضفى على مربى المواشى صفة التاجر، ويعتبر هذا النشاط من أعمال التجارة ويمكن وضع شرط التحكيم طبقاً للقواعد التجارة.

Revue arb. 1982, P. 166, et.s.

(3) Pierre Bellet et Ernst Mezger : L'arbitrage international dans la nouveau Code de procédure civile, Rev. Crit, 1981, P. 618.

الخصوص ، إذ يعتبر تجارياً كل تحكيم دولى يواجه مشروعات فى شأن نزاع من طابع اقتصادى، أى ينصب على نزاع ناشئ عن عملية إقتصادية (١).

إذ لايتصور حصر الأعمال التجارية التى تتطور بمرور الزمن

٢٢- والأصل أن التحكيم يعتبر دولياً إذا انصب النزاع على علاقة تنطوى على عنصر أجنبى أو أكثر. ذلك أن طبيعة المنازعة الدولية تعتبر أحد الضوابط الأساسية لدولية التحكيم التجارى. ومع ذلك فإن قواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى التى أقرتها الجمعية العمومية للأمم المتحدة فى ١٩٨٥/١٢/١١ توسعت فى معيار دولية التحكيم، فاعتبرت التحكيم دولياً طبقا لنص المادة الأولى منها متى كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية:-

- إذا كان مقر عمل طرفى اتفاق التحكيم وقت ذلك الاتفاق واقعين فى دولتين مختلفتين». وهنا اتخذت قواعد القانون النموذجى من إختلاف مقر عمل طرفى الاتفاق فى دولتيْن مختلفتين معياراً لدولية التحكيم، ولاعبرة باختلاف جنسية الأطراف أو اتحادها.

وإذا وجد أكثر من مقر عمل لأحد الأطراف ، يعتد بمقر العمل الأكثر صلة بشرط أو إتفاق التحكيم (مادة٤/١ بند أ).

فإذا لم يكن لأحد الأطراف موطن عمل معروف، يؤخذ بمعيار محل الإقامة (مادة ٤/٣ ب). وهو المحل الذى يقيم فيه الشخص عادة إقامة فعلية ومستمرة. على أن الاستقرار المتطلب فى هذا الصدد لايعنى

---

(1) Founchard.P. Abitrage Commercial International. I. cl. Dr. international Fasc. 585 I av procédure civile. Fasc. 050 n°.59.

الإقامة بصفة متصلة دون انقطاع، إنما يعنى أن الإقامة على وجه يتحقق معه صفة الاعتياد، ولو تخللتها فترة غيبة وقتية أو متباعدة(١) لظروف تستدعي ذلك.

والعبرة بوقت إبرام اتفاق التحكيم ، لاوقت إبرام العقد الأصلى(٢).

- «إذا كان مكان التحكيم المحدد فى الاتفاق واقعاً خارج الدولة الكائن بها مقر عمل الطرفين متى كان محدداً فى اتفاق التحكيم» ، وهنا اعتدت قواعد القانون النموذجي بمكان التحكيم المعين باتفاق الأطراف ، كمعيار لدولية التحكيم.

- «أى مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية خارج الدولة الكائن بها مقر عمل الطرفين». وهومعيار يقوم على تركيز موضوعى بحت.

وقد اعتدت قواعد القانون النموذجى فى هذه الحالة بمكان تنفيذ الإلتزامات الرئيسية أو الأساسية كمعيار لدولية التحكيم مثل عقد إنشاءات بين مصريين ينفذ فى فرنسا:

- إذا اتّفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يتعلق بأكثر من دولة، كما إذا اتّفق على أن التحكيم يخضع من حيث الموضوع لقانون دولة معينة ، ومن حيث الإجراءات لقانون دولة

---

(١) ويتعين لاكتساب الأجنبى موطناً فى مصر أن يكون دخوله فى الأراضى المصرية وإقامته فيها صحيحين طبقاً للقوانين السائدة (الدكتور هشام صادق الجنسية والموطن ومركز الأجانب المجلد الأول، سنة ١٩٧٧ص.٧٤).

٢- وقد إستعمل المشرع فى قانون التحكيم الجديد عبارة «المركز الرئيسى» بدلا من «مقر عمل» لأعمال الطرفين.

أخرى، ويتم التنفيذ فى دولة ثالثة.

وهذا النص يفتح المجال للغش نحو القانون الوطنى الذى قد يكون مطبقاً بحسب الأصل، بأن يثبت الأطراف فى إتفاقهم أن موضوع إتفاق التحكيم يتعلق أو يرتبط بأكثر من دولة على خلاف الحقيقة، كما إذا كان النزاع مركزاً بجميع عناصره فى دولة معينة ولتلافي هذا الغش، نصت الفقرة الخامسة من المادة الأولى على أنه« لايمس هذا القانون، أى قانون آخر لهذه الدولة لايجوز بمقتضاه تسوية منازعات معينة عن طريق التحكيم، أو لايجوز عرض منازعات معينة على التحكيم إلا طبقاً لأحكام أخرى غير أحكام هذا القانون ».

والواقع أن إسباغ الطابع الدولى على علاقة معينة. لايرتبط وجوده بإتفاق الأطراف ، أو الاختلاف على هذا الوجود، ولهذا نصت المادة الثالثة بند ثالثاً من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم المصرى. على أن التحكيم يعتبر دولياً ، إذا كان موضوع النزاع الذى يشمله التحكيم . يرتبط بأكثر من دولة واحدة . وهو معيار موضوعى . بصرف النظر عن اتفاق الأطراف الذى يعد معياراً . شخصياً اذ لم يعتد القانون المصرى بإرادة الأطراف، وطبقا لهذا النص الاخير ، لايعتبر نزاع التحكيم دولياً اذا تركزت جميع عناصر العلاقة على اقليم واحد فلا يعتبر نزاعا دولياً اذا انصب اتفاق التحكيم على عملية نقل بين ميناءين ينتميان الى اقليم دولة واحدة ولو كان الناقل أو المجهز مختلفى الجنسية (١).

فليس للأطراف أن يخلعوا الطابع الدولى على علاقة لاتتسم بهذا الوصف وليس لهم أن يجردوا العقد من هذا الطابع متى كان

---

(1) Rouan 27-11-1986. Rev. arb. 1978. P. 339.

ثابتاً له (١).

ولا يلزم فى هذه الحالة أن يكون العقد قد دخل الى حيز التنفيذ.

- وقد نصّت المادة الثالثة بند ثانياً من قانون التحكيم المصرى الجديد على أنه يعتبر تحكيماً دولياً. متى كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية. إذا إتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة. أو مركز للتحكيم داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها. مثل غرفة التجارة الدولية بباريس، أو مركز تسوية منازعات الاستثمار فى واشنطن، أو مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم الدولى.

وهذا النص لانظير له فى القانون النموذجى.

وطبقاً لهذا النص. يكون التحكيم دولياً فى منازعات عقود التشييد والبناء التى يتضمنها نموذج عقد «الفيدبك» الذى يتم تسوية منازعاته بطريق التحكيم وفقاً لقواعد التجارة الدولية، أياً كان المكان الذى يتم فيه التحكيم.

---

(١) الدكتور عكاشة عبد العال قانون العمليات المصرفية الدولية ص ٨٤ .

المطلب الثالث
منازعات التجارة الدولية
فى إطار معاهدة نيويورك

٢٣- اعتبرت اتّفاقية نيويورك حكم التحكيم يعتبر أجنبياً فى حالتين:

الأولى: متى كان حكم التحكيم قد صدر فى دولة، ويراد تنفيذه فى دولة أخرى.

والعبرة بمكان صدور الحكم، حتى ولو تعدّدت الأماكن التى تنقل بينها المحكمون.

وهنا لاعبرة بجنسية الأفراد إطلاقاً ، فصدور الحكم بين وطنيين فى هذا الفرض لاينفى وصفه بالأجنبية أى أن المعاهدة قد تبنت مكان صدور حكم التحكيم لتحديد الصفة الأجنبية لهذا الحكم (١).

وهذا المعيار اعتد به المشرع المصرى فى المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات التى تنص على أنه «تسرى أحكام المواد السابقة على أحكام المحكمين الصادرة فى بلد أجنبى ...».

وطبقاً لهذا المعيار فإن حكم التحكيم الصادر فى الخارج يعتبر فى

---

(١) وعلى الرغم من أن هذا المعيار هو الذى إعتد به المشرع المصرى، فإن مكان صدور حكم التحكيم قد يتسم بالطابع العارض. وقد يكون بعيداً عن أية رابطة بالتحكيم وإجراءاته، وإذا قد يلتقى المحكمون فيه مصادفة لمجرد التوقيع على الحكم وإصداره. وليس بذى بال بالنسبة للعناصر الأجنبية الأخرى المؤثرة، والتى قد ترتبط بموضوع النزاع.

مصر حكماً أجنبياً ، بصرف النظر عن المكان الذى عقدت فيه مشارطة التحكيم.

ومن المقرر أن اتفاق نيويورك لايقتصر على التحكيم الدولى. ذلك أن المعيار المأخوذ به فى المعاهدة يتمثل فى فكرة حكم التحكيم الأجنبى وحدها، وهذه الفكرة قابلة لإثارة إسناد وطنى. بعبارة أدق فإنه يكفى فى هذا الصدد. أن يكون حكم التحكيم الأجنبى صادراً فى دولة غير تلك الدولة المطلوب فيها الإعتراف وتنفيذ الحكم المذكور، ولا يهم بعد ذلك ، أن يثير النزاع مصالح التجارة الدولية ، كما لايهم أيضاً أن يتضمن التحكيم عنصراً أجنبياً أو أكثر ، فقد يكون النزاع الصادر به الحكم داخلى، يمكن إسناد كل مكوناته الى نفس الدولة التى صدر فيها ولاتتجاوز هذا الإطار ، بحيث يكون التحكيم وطنياً محضاً، رغم أنه يعتبر حكماً أجنبياً فى مفهوم المعاهدة (١) وهو مايبين منه أن دولة العلاقة تختلف تماماً عن أجنبية حكم التحكيم.

ولهذا يري جانب من الفقه (٢) بحق «أنه لايجوز الخلط بين الصفة الدولية للتحكيم وبين الصفة الأجنبية لحكم المحكمين طبقاً لإتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية» ، فلا يجوز إعتبار الحكم دولياً لمجرد أن إجراءاته تمت فى الخارج، أو أمام محكمين أجانب، أو لمجرد أن حكم التحكيم قد صدر فى دولة أجنبية، استناداً إلى المعيار المكانى لأجنبية الحكم، والذى اعتنقه المشرع

(1) Founchard J.C.L. de Dr. International Fasc 585. 2 procédure civile Fasc 105-2-P. n°. 130.

(٢) الدكتور هشام صادق. مشكلة خلو إتفاق التحكم من تعيين أسماء المحكمين فى العلاقات الخاصة الدولية ص٤٨ ومابعدها وعلى الأخص ص ٥٤،٥٥،٥٦ رقم٢ ومابعده ويشير الفقه الفرنسى أنه إذا كانت جميع عناصر الأستاذ مركزه فى إقليم واحد. فإن التحكيم يعبتر وطنياً، ويخضع للقانون الداخلى لهذا الإقليم. سواء تعلق الأمر بقانون أجنبى أو القانون الفرنسى.

Fouchard. J.C.L. de dr. international. Fasc-585-I-P. 17n°75.

المصرى مادامت العلاقة محل النزاع ذات طابع وطني بحت من كافة الوجوه. «وأن الصفة الدولية للتحكيم تسمتد من الطابع الدولى للعلاقة محل النزاع».

الثانية : متى كان حكم التحكيم لايعتبر وطنياً فى الدولة المطروح أمامها مسألة الإعتراف أو التنفيذ حتى لو كان صادراً على إقليمها. وعلى ذلك فإن الحكم الذى يصدر فى دولة ويراد تنفيذه فى ذات الدولة يعتبر أجنبياً متى كان المعيار الذى تعتنقه هذه الدولة يعتبره كذلك. وهذا المعيار قد يكون قائماً على جنسية المحكمين ، أو القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، أو القانون الواجب التطبيق على الموضوع الذى حددته إرادة الأطراف (١)، أو العناصر الأجنبية التى ينصب عليها النزاع ، أو حركة المد والجزر للمدفوعات عبر الحدود ، أى أحكام تتصل بمنازعة دولية. وهنا لاعبرة بالبلد الذى صدرفيه الحكم.

(1) Loussouarn et Bredin : Droit du Commerce International, 1969, PP. 102-103.

المطلب الرابع
أهمية التفرقة بين التحكيم الوطنى والتحكيم الدولى

٢٤- ترجع أهمية التفرقة بين التحكيم الوطنى - وهو الذى يتعلق بنزاع وطنى بحت فى جميع عناصره، ويتم تنفيذ الحكم فى ذات الدولة- وبين التحكيم الدولى، سواء بالمفهوم الوارد فى معاهدة نيويورك أو القانون النموذجى للأمم المتحدة ، أو كان ينتمي بعناصره المختلفة لأكثر من دولة، إلى المشاكل العديدة التى تثار فى هذا المجال الأخير، والتى لاوجود لها فى التحكيم الداخلى، والتى تتمثل فى تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وعلى عقود التجارة الدولية من حيث الموضوع ومدى إمكان تطبيق منهج تنازع القوانين، والنظريات المختلفة بشأن تحديد القانون المختص ، أو مدى خضوع المنازعة لقانون التجارة الدولية، وهو قانون غير وطنى أى خارج النظم القانونية للدول المختلفة "Non-Etatique" ولاينتمى أيضاً إلى القانون الدولى العام وكذلك تحديد القانون الإجرائى الواجب التطبيق.

وإذا كان التحكيم داخلياً ، يجوز القضاء الوطنى فى بعض الدول مراقبة حكم التحكيم بالتصدى لموضوع النزاع، ويبطل حكم التحكيم الذى يخالف قانون التحكيم الوطنى . فى حين أن التحكيم الدولى لايتصدى فيه القاضى لموضوع النزاع، ولايبحث فيه مدى مطابقته للقانون، وإنما تقتصر السلطة المختصة فى مكان التنفيذ علي بحث

مدى توافر الشروط اللازمة للتنفيذ ، وعلى الأخص مدى إتفاق متطلبات التنفيذ مع النظام العام فيها.

٢٤م – ويعتبر التحكيم أجنبيا ، متى صدر فى الخارج، ويراد تنفيذه فى مصر، ولايخضع لأى معاهدة دولية (م٢٩٩) مرافعات.

وعلى الرغم من أهمية التفرقة بين التحكيم الوطنى والتحكيم الدولى، فإن المشرع فى قانون التحكيم الجديد، لم يحدّد فى كثير من نصوصه مدى انطباقها على هذا التحكيم أو ذاك.

وغنى عن البيان ، فإن المادة ٣٩ من قانون التحكيم تنطبق على المنازعات الدولية دون المنازعات الداخلية متى كان الاختيار تنازعياً ، ويتعين لاستبعاد هذه القواعد فى القانون الداخلى أن تكون مخالفة للنظام العام الدولى فيه.

إلا أنه لامانع من إدماج قانون أجنبى أو نصوص معينة منه فى علاقة تحكيم داخلية محضة فى جميع عناصرها، ينزل فيها هذا القانون الأجنبى أو نصوصه منزلة الشروط التعاقدية، أى مجرد بنود فى العقد، ويكون مصيرها البطلان متى تعارضت مع النظام العام فيه.

المبحث الثالث
فى قانون التجارة الدولية

Droit du Commerce intrnational

تمهيد :

تقسم :

٢٥- يقصد بقانون التجارة الدولية LEX Mercatoria ، مجموعة القواعد التى تنظم علاقات القانون الخاص بالمتعلقة بالتجارة على المستوى الدولى - أى التى ترتبط بدول مختلفة- تنظيماً مباشراً ، مستقلاً عن أى نظام لقانون وطنى لدولة معينة (١).

وقد ارتبط الالتجاء إلى التحكيم التجارى بميدان التجارة الدولية بوصفه المجال الخصب لنشأة قواعد التجارة الدولية التى يخضع لها هذا النموذج من التحكيم . فقد تبين أن إعمال مبدأ قانون الإرادة الذى يمثل قاعدة الإسناد الخاصة بالإلتزامات التعاقدية أصبح عاجزاً عن مواجهة عقود التجارة الدولية، وعلى أساس أن هذا المبدأ يؤدى إلى إسناد هذه العقود إلى نظم قانونية وطنية متغايرة سائدة فى دول مختلفة لاتتلاءم مع طبيعة علاقات التجارة الدولية، وحرية تلك المعاملات، وأنه يجب هجر هذا المبدأ لصالح مبدأ آخر، له أهميته ، هو «التنظيم الذاتى والموحد لعقود التجارة الدولية» ، بما يوفر لهذه

(١) وقد أكد بعض أنصار النظام العام الدولى الحقيقى أنه يمثل حلقة الأتصال بين القانون الدولى العام والقانون الخاص، ويمكن أن يتشكل مضمونه أيضاً من النظام القانوني لقواعد التجارة الدولية، الذى يكون نابعاً من مصدر مهنى أو قضائى Lerebour-pigeonneirer precis 1954. P. 293.

العلاقات الاستقرار والثبات المتطلبين.

ومن ناحية أخرى ، فقد كشفت المعاملات الدولية عن نماذج عديدة من العقود ، مثل عقود نقل التكنولوجيا، والمساعدة الفنية، وبناء المساكن الجاهزة على التسليم أو على الإنتاج ، والمشروعات ذات النشاط الإشعاعى، لاتستطيع التشريعات الوطنية مواجهتها، لأن هذه التشريعات لاتواجه إلا عقوداً تقليدية. ولهذا يرى «باتيفول» (١) أن منهج قواعد التنازع أصبح لايقوى وحده على مواجهة مشاكل التجارة الدولية، ولايستطيع أن يتصدّى لحلها؛ لأنه يؤدى إلى تطبيق قواعد قانونية خاصة بالعلاقات الداخلية المحضه

وفى هذا الخصوص ، نعرض لمكونات قانون التجارة الدولية ومصادره ، ومدى اعتبار عادات وأعراف التجارة الدولية قواعد قانونية لها صفة الإلزام ومدى الأولوية في التطبيق بين منهج قواعد تنازع القوانين والقواعد الموضوعية للتجارة الدولية أمام قضاء التحكيم، وتوضح مدى إمكان تطبيق قانون التجارة الدولية على عقود الدولة، ثم بيان مركز قانون التجارة الدولية فى ضوء القوانين الوطنية نتصدى لمركز قانون التجارة الدولية أمام القضاء الوطنى وبيان تدوليل عقود التجارة الدولية.

ولما كان المحكم قد يطبق على النزاع قاعدة من قواعد القانون الدولي المادى، كما قد يطبق أحد قوانين البوليس ذات التطبيق الضرورى، فإنه يتعين التفرقة بين هاتين الطائفتين من القواعد، ثم نبيّن التنازع بين قانون البوليس الذي ينتمى إلى نظام وطنى، وقاعدة غير وطنية.

---

(1) Brtiffol : La lòi Apropriée au contrat, Mélanges B. Goldman, Paris, 1983, P.6 et s.

٢٦- وبناء على ماتقدم يتعين تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : مكونات قانون التجارة الدولية ومصادره.

المطلب الثانى : مدى إعتبار عادات وأعراف التجارة الدولية قانوناً.

المطلب الثالث : التنازع فى التطبيق بين منهج التنازع وقواعد التجارة الدولية أمام قضاء التحكيم.

المطلب الرابع : مدي تطبيق قانون التجارة الدولية على عقود الدولة.

المطلب الخامس : مركز قانون التجارة الدولية أمام القضاء الوطنى.

المطلب السادس : فكرة تدويل عقود التجارة الدولية.

المطلب السابع: التفرقة بين قواعد القانون الدولى المادى وقواعد البوليس ذات التطبيق الضرورى.

المطلب الثامن : التنازع بين قانون البوليس الذى ينتمى إلى نظام وطنى، وقاعدة غير وطنية.

المطلب الأول

مكونات قانون التجارة الدولية ومصادره

تمهيد:

٢٧- ينطوي قانون التجارة الدولية علي عادات وأعراف التجارة الدولية ، والعقود النموذجية والشروط العامة ، والمبادئ العامة للقانون المشتركة بين الأمم المتمدينة. وقواعد العدالة والإنصاف متى تم تفويض المحكم فى الحكم بمقتضاها. كما يمتد فيشمل أيضاً الإتفاقات الدولية الموحدة فى شأن التجارة الدولية، سواء بالنسبة للقواعد الموضوعية أو قواعد الإسناد، وكذلك التشريعات الوطنية المختلفة فى شأن تنظيم التجارة الدولية.

وهذا القانون من طبيعة مهنية أساساً

"De nature essentiéllement Professionelles".

لتنظيم علاقات المجتمع الدولى للتجار.

"Communauté international des Commercants"

فهو قانون تكّون خارج الدرل (١) "Extraétatique"

١- عادات (٢) وأعراف التجارة الدولية «أو القانون المهنى»:

٢٨- يتمثل هذا التنظيم الجديد فى الأحكام الموضوعية الموحدة التى

(1) Fouchard. L'arbitrage Commercial international 1965, P.402.

(٢) وفى الواقع، فإنه لامحل للتفرقة هنا بين العادات التى تعترف لها بالطبيعة الإتفاقية وبين الأعراف التى تعتبر وحدها مصدراً للقانون الموضوعى، ذلك أن العادات والأعراف لها نفس المصدر. Fouchardd. l'arbitrage. op. cit., P. 414n° 594

وطبقاً لنص المادة ١١٦٥ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد. فإن عادات التجارة التى لاتشكل طابع العرف والتي لم تنتج من تكوين العرف فإنها تؤدى طابعاً تعاقدياً بوصفها مكملة لنصوص العقد التى لاتعبر عنه هذه النصوص.

درج المتعاملون على اتبّاعها. وتجد مصدرها فى عادات وأعراف المهنة، والسوابق القضائية نتيجة الجهد الانشائي لقضاء التحكيم، الذى يقوم بدور فعال فى خلق هذه القواعد، وهى قواعد تلقائية النشأة فى إطار الأوساط المهنية والتجارة التي ترتبط بأكثر من دولة. وتستجيب الى متطلبات التجارة الدولية فى صورها المختلفة المتعلقة بالقانون الخاص.

وهذه القواعد تشكل المصدر الأول لقواعد التجارة الدولية، وهو مصدر بطئ التكوين والتعبير، لاينشأ عادة فى فترة وجيزة ، وإنما يجب أن يتكاثر الاعتياد على اتباع قواعده بصورة منتظمة وعلى سبيل التكرار ، بحيث يثبت لها طابع الإستقرار، ويستقر الإيمان فى نفوس المخاطبين بأحكامه، بأنه اكتسب صفة الإلزام فى حقهم.

ولايوجد حد معين لمدة اتباع هذه القواعد فهى تختلف باختلاف الظروف.

وهذه الأعراف والعادات التى تستكمل شروطها، تكفل للعلاقة وحدة القانون الواجب التطبيق عليها ، ومن هذا القبيل القواعد الموضوعية الموحدة بشأن الاعتماد المستندى (١) ، والتوريدات الدولية (٢)

(١) ومن الأعراف المستقرة فى إطار الإعتماد المستندى،ماقضت به محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية فى حكمها الصادر فى القضية رقم ١٦٥٧ لسنة ١٩٦٩ . بأنه «لايوجد عرف أو عادة موحدة تسمح بفسخ العقد عندما ينقضى ميعاد فتح الإعتماد المستندى إلا فى حالة ما إذا كان ميعاد الشحن قد إنقضى». Clunet, 1974, P. 895.

وأوضحت المحكمة فى حكمنها الصادر فى الدعوى رقم ٣٢٢٦ لسنة ١٩٧٩ أن «تأخر المشترى فى فتح الأعتماد، يترتب عليه إمتداد المدة التى يلتزم فيها البائع بتنفيذ إلتزامه بتسليم البضاعة» وأكد الحكم أن إلتزام المشترى فى شأن خطاب الضمان هو إلتزام بنتيجة»..Clunet. 1980, P.959

ولايكون الأعتماد قابلاً للتحويل. إلا إذا وصف صراحة من البنك فاتح الإعتماد بأنه قابل للتحويل.

(٢) وفى خصوص الإلتزام بالتفاوض فى عقود التوريدات، فقد جرى قضاء التحكيم على إعتناق مبدأ حسن النية فى الألتزام بالتفاوض فى عقود التوريد التى لم يتحدد فيها الثمن، وعدم الإضرار بمصالح الطرف الآخر، وأن هذا الإلتزام يجد=

والبيوع الدولية، وهذه القواعد الموضوعية تتدخل فى التفسير وتكوين العقد وتنفيذه، وتحديد الإلتزامات ونتائج عدم التنفيذ الإحتمالية وتسليم البضاعة ونقل المخاطر وتقسيم المصاريف بين الأطراف. ولايلزم المحكم ببيان مصدر العادة المهنية التى طبقها فى حكمه. وهذا القانون الموحد ، المعلوم سلفاً يصون توقعات الأطراف منذ البداية.

وقد استطاعت غرفة التجارة الدولية واللجنة الأوربية التابعة للأمم المتحدة تقنين بعض قواعد التجارة الدولية سواء فى مسائل فى مسائل الاعتماد المستندى أو الأوراق التجارية (١)، وسواء فى شأن التفسير الموحد للاصطلاحات الجارى استعمالها فى العقود الدولية "incoterms".

وتعتبر العادة أمام المحكم قاعدة قانونية وتعامل أمام القاضى بمثابة واقعة.

= مصدره فى العقد ذاته، وأن قانون التجارة الدولية لايتدخل إلا ليضفى على الإلتزام بالتفاوض أثره الكامل.

Obesrvations sous sentence rendue dans l'affaire no 5953 en 1989 C.C.I Clunet., 1990, P. 11065 et. s spec. P. 1026.

أما الإلتزام بحسن النية وبالتفاوض فى سبيل إبرام العقد، أى فى مرحلة تكوينه، وجعله قابلاً للتنفيذ، مثل الإذن بتحويل العملة الأجنبية، أو منح إذن التصدير، فإن الإخلال بهذا الإلتزام يرتب مسئولية غير تعاقدية، تخضع لقانون البلد الذى وقع فيه الفعل للنشئ للإلتزام، لأن مرحلة التفاوض فى هذه الحالة سابقة على وجود أى عقد (الدكتور عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن. عقود التنمية الأقتصادية فى القانون الدولى الخاص. دراسة إنتقادية ص ٥٨). إلا إذا كان هناك إتفاق على التعارض، فإن المسئولية تعتبر عقدية ومن قبيل أعراف التجارة الدولية، مايترتب على القوة القاهرة من أثر واقف بدلاً من إعتبار تنفيذ الإلتزام مستحيلاً إستحالة تؤدى إلى إنقضائه فى المسئولية العقدية، وإنقضاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر فى المسئولية التقصيرية.

ومن هذه الأعراف كذلك الإلتزام بتخفيض الخسارة.

(1) Fouchard. L'arbitrage international, op. cit., P.411.

٢ - القواعد التي تتضمنها العقود النموذجية والشروط العامة :

٢٩- العقد النموذجى (١)، وثيقة مطبوعة ، يمكن أن تستخدم كأنها العقد ذاته. إذ تنطوى على جميع القواعد التى تحكم هذا العقد وهى معدة سلفاً، مثل التزامات الأطراف ، وضمانات التنفيذ، ومكانه ، وأسباب الإعفاء من المسئولية، ونوع البيع سيف أو فوب، وربط تبعة الهلاك إما بالتسليم أو إنتقال الملكية، أو تأجيل هذه التبعية حتى يتم الوفاء بكامل الثمن.

ومن أمثلة هذه العقود عقود جميعة لندن للقمح التى أدت الى توحيد المعاملات فى تجارة الحبوب فى معظم أنحاء العالم وكذلك العقود المتعلقة بتصدير المصانع، والآلات وتركيبها، والعقود النموذجية لاستيراد وتصدير الأخشاب وكذلك عقود البناء والتشييد، وهى تخضع لشروط نموذجية وضعها الإتحاد الدولى للمهندسين الاستشاريين « الفيديك ».

٣٠- أما الشروط العامة، فهى أحكام يلجأ إليها المتعاملون فى التجارة الدولية، ويلتزمون بها فى معاملاتهم.

ولاشك أن اعتياد الأطراف اللجوء إلى الشروط العامة، يؤدى إلى تحويلها إلى أعراف ملزمة دون ثمة حاجة الى النص عليها.

ويجوز للأطراف إدخال بعض التعديلات عليها فيما يتعلق بكل معاملة على حدة.

---

(١).مايلى رقم ١٩٤،١٩٥ .

ومن قبيل الشروط العامة ، تلك التى وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوربية (١) التى أنشأها المجلس الاقتصادى والاجتماعى التابع للأمم المتحدة سنة ١٩٤٧، مثل الشروط العامة لبيع الآلات الصناعية ، والشروط العامة لبيع الأخشاب، وكذلك الشروط العامة التي وضعها مجلس التعاون الاقتصادى «شروط الـ Comecon»، يتم التعامل على أساسها بصورة إجبارية بين جميع الدول الأعضاء، ويرى البعض (٢) أن هذه الشروط تشكل معاهدة دولية لها قوة القانون.

وكذلك الشروط العامة المطبقة فى أسواق للهندسة المهنية بمعرفة الاتحاد الدولى للاستشارة الهندسية.

وغنى عن البيان أن الأصل فى الشروط العامة والعقود النموذجية أنه، ليس لها صفة الإلزام الا إذا اتفق الأطراف عليها، ولهم أن يعدلوا فيها سواء بالإضافة، أو الإستبعاد.

٣- المبادئ العامة المشتركة بين الأمم المتمدينة:

٣١- كما تندرج فى هذا التنظيم ، المبادئ العامة المتعارف عليها والسائدة فى كل من النظم القانونية المتحضرة (٣). مثل مبدأ العقد شريعة المتعاقدية "Pacta sunt servanda" ، ومبدأ توازن الأداءات التعاقدية ، ومبدأ تنفيذ العقود بحسن نية، وإحترام الحقوق المكتسبة "Respect des droits acquis" والإثراء بلا سبب ، والقوة القاهرة ، ومبدأ تفسير العقد وفقاً للإرادة المشتركة لأطرافه ، وعدم التعسف فى استعمال الحق، والمسئولية عن عدم التنفيذ والتزام المدعى بالاثبات ،

(1) GOLDMAN. op. cit., P. 377.

(٢) الأستاذ: كمال إبراهيم. فى التحكيم التجارى الدولى، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولى. الطبعة الأولى ص٢٦ ومابعدها رقم ٣٢ على الأخص ص ٦٥ .

(3) J.C.L Fasc. 585, 1no 18-P.7.

وعدم استفادة الدولة من خطئها.

وكذلك يدخل فى إطار هذه المبادئ: التعويض الكامل للضرر المباشر والمتوقع (١) Réparation intégrale du dommage direct et "Prévisible" وكذلك مبدأ الإدلاء بكل بيان للشريك أو الطرف الآخر فى العملية (٢) "Obligation de tout réveler a un Partenaire" ويعد هذا المبدأ الأخير «قاعدة عالمية» (Une regle universelle).

وغنى عن البيان، أن الحرية التى يتمتع بها المحكم فى خصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع، كانت عاملاً أساسياً فى تمكينه من استبعاد التشريعات الوطنية لما قد يشوبها من نقص أو تعارض يعرقل التجارة الدولية، واللجوء إلى فكرة المبادئ العامة المشتركة على نحو ما سنرى (٣).

٤- العدالة:

٣٢- ويمتاز التحكيم بخصائصه الذاتية، وبمرونته فى حل النزاع، فلا يقتصر التحكيم على الحكم فى النزاع وفقاً لقانون؛ وإنما يمتد إلى حل النزاع بطريق توفيقى يستجيب لمصالح الأطراف المتنازعة من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية. ذلك أن المحكم كثيراً مايكون مفوضاً بالصلح من جانب الأطراف، وهو مايطلق عليه تحكيم العدالة(٤) عندئذ لايتقيد المحكم فى حكمه بنصوص القانون وقواعده، وهى إمكانيات لاتتوفر بالنسبة للقضاء العادى. ولهذا يمكن أن

---

(1) Sentence 20 Nov. 1984, C.I.R.D.I., Clunet 1986, P. 154.
(2) Clunet, 1984, P. 426.

(٣) مايلى، رقم ١٧٢ ومابعده.
(٤) مايلى، رقم ١٨٦ومابعده.

يستقيم الحكم على قواعد العدالة والإنصاف البحتة وحدها.

وتعتبر قواعد العدالة التى ينتهى المحكّم إلى تطبيقها فى النزاع ، عندما يفوّض صراحة فى الحكم بمقتضاها ، مصدراً من مصادر قانون التجارة الدولية وأحد مكوناته، وذلك متى اتخذت هذه القواعد التى اقتنع بها المحكم فى بناء حكمه ، طابع التكرار والعمومية.

وعادة لايتم اللجوء إلى تحكيم العدالة إلا عندما تنعدم القاعدة القانوية الواجبة التطبيق على النزاع، أو أن تكون قاعدة غير ملائمة لحكم النزاع، أو يترتب على تطبيقها ضرر محقق بأحد الأطراف، وكذلك فى الحالات التى يتعذر فيها الوصول إلى الحَل فى عادات وأعراف التجارة الدولية.

٥- الإتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية وقواعد الإسناد المتعلقة بالتجارة الدولية :

٣٣- ويمتد قانون التجارة الدولية الى القواعد الموضوعية المستمدة من مصدر دولى (١)، أى من المعاهدات التى تعتبر مجالاً خصباً لتقنين عادات وأعراف التجارة الدولية. ومن هذا القبيل المعاهدات المتعلقة بنقل التكنولوجيا . مثل اتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية "Propriété industrielle" ، والملكية الأدبية والفنية "Propritété littéraire et Artistique" ، واتفاقية جنيف سنة ١٩٨٧ للتسجيل الدولى للاختراعات العلمية، واتفاقية جنيف فى ٧ يونية

---

(1) Over Beck : L'application par le Juge interne des conventions de droit international privvé, R.c.A.D.I.T.132.

ويلاحظ أن الشركات المتعددة الجنسية التى تمارس نشاطها فى ظل تشريعات وطنية متباينة تخضع فى علاقتها إلى منهج قواعد التنازع، رغم أن الحاجة الى وضع حلول موضوعية خاصة ومباشرة لمتطلبات هذه الشركات.

١٩٣٠ بشأن تنازع القوانين فى الكمبيالة والسند الأذنى وإتفاقية جنيف فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٤ الخاصة بالشيك (١). والمعاهدات المتعلقة بمسائل القانون البحرى، وأهم هذه الاتفاقيات اتفاقية نيويورك فى ١٠ يونيه سنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

ولايقتصر قانون التجارة الدولية على قواعد مادية فحسب Regles matérielles ، بل إنه يمتد إلى قواعد الإسناد Régles de conflits (٢) ، ومن ثم يدخل في مفهوم قانون التجارة الدولية: معاهدة لاهاى بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، التى وحدت قواعد تنازع القوانين فى هذه البيوع (٣).

وغنى عن البيان، أنه إذا وجدت معاهدة ، كمصدر من مصادر قانون التجارة الدولية، تحكم النزاع التجارى الدولى ، سواء كانت ترمى الى توحيد قواعد التنازع أو تقديم حل موضوعى أو مادى ينطبق مباشرة على النزاع، فإنها تقضي على مشكلة التنازع بين الأطراف الذين ينتمون إلى الدول الموقّعة على المعاهدة. ولكن المعاهدة

---

(١) وهى تخضع كل إلتزام فى الصك لقانون المكان الذى تم فيه. فبحكم إلتزام الساحب فى الكمبيالة قانون مكان الإصدار، وبحكم إلتزام المظهر قانون مكان التظهير. ويحكم التزام المسحوب عليه القابل قانون مكان القبول (د.جمال الكردى- القانون الدولى الخاص بتنازع القوانين- الطبعة الأولى سنة ١٩٩٤، ١٩٩٥).

(٢) ومن هذا القبيل إتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدولة وموطنى الدول الأخرى المؤرخة ١٨ مارس ١٩٦٥، بشأن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو قانون الدولة المضيفة، مالم يتفق الأطراف على خلافه.

ويلاحظ أن الطابع الأختيارى لأحكام المعاهدة المشار إليها يقلل من أهميتها فى خصوص توحيد قواعد الإسناد فى إطار التحكيم.

(3) Loussouarn et Brdin : Droit Commerce international, Paris, 1969, No 575 et s.

ويجب تطبيق هذه المعاهدة فى الدول المتعاقدة، حتى ولو كان العنصر الأجنبى فى عقد البيع يرتبط بدولة غير متعاقدة.

مع ملاحظة أن المعاهدة لاتفرق بين البيوع التجارية والبيوع المدنية.

لاتمتد الى منازعة تضمنت عنصراً أجنبياً متى كان أطرافها ينتمون الى دول ليست موقعة عليها، عندئذ تثور مشكلة التنازع (١).

ومع ذلك يستطيع المحكّم أيضاً تطبيق المعاهدة ، مثل معاهدة فيينا لسنة ١٩٨٠ بشأن البيع التجارى الدولى للبضائع (٢) لابوصفها قانوناً وطنياً ، ولكن بوصفها أداة حقيقية تمثيل تقنيناً لعادات وأعراف التجارة الدولية، ومن ثم، فإنه يجوز تطبيقها بهذا الوصف، حتى ولو كانت الدول التى ينتمى إليها الأطراف المتنازعة لم تصدق عليها.

وبداهة ليس ثمة مايحول دون تطبيق القواعد المادية الموحدة على العلاقات الداخلية المحضة فى الدولة التى تعتبر المعاهدة قانوناً من قوانينها (٣).

وقد انتشرت اتفاقيات المساعدة القضائية وأبرمت فرنسا عدداً كبيراً منها، وهى تنصب أساساً على المعاونة فى مسائل القضاء بين الدول ، ولكن هذه الاتفاقيات فى الوقت الراهن أصبحت تنطوى أيضاً على شروط خاصة بالاعتراف، وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة فى بلد معين ويراد تنفيذها في بلد متعاقد آخر(٤).

---

(١) كما نثور مشكلة التنازع فى فرض آخر، هو إختلاف الدول الموقعة على المعاهدة فى تفسيرها، عندئذ يتعين الرجوع إلى قواعد التنازع فى دولة القاضى.

(2) Observation sous sentence rendue dans l'affaire 5004 en 1989 C.C.I. clunet 1998 P.107 et s , spec. P. 112.

(٣) وطبقاً للمادة ٢/٢١ من إتفاقية هامبورج، يتعين الفصل فى النزاع طبقاً لنصوص الأتفاقية متى كان الأتفاق على التحكيم قد تم قبل نشوء النزاع. أما بعد نشوء النزاع. فالأطراف لهم حرية إختيار القانون الواجب التطبيق.

(4) J.C.I. de dr. intrnational. Fasc. 5852 no. 90 P,21.

وهذا هو الحال فى شأن اتفاقية التعاون القانونى والقضائى بين جمهورية مصر العربية والبحرين الموقعة فى ١٧ مايو ١٩٨٩ التى تحدد المادة ٣٦ منها الشروط التى يتعين توافرها لتنفيذ حكم التحكيم الصادر من أحد البلدين فى البلد الآخر.

وكذلك اتفاق التعاون القضائى بين مصر والمملكة الأردنية الهاشمية الموقعة فى القاهرة سنة ١٩٨٦ التى حددت المادة (٢٥) منها شروط بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة من أحد البلدين فى إقليم البلد الآخر.

ولما كانت هذه مثل هذه الاتفاقات قد تكاثرت بحيث أصبح الأمر يثير تنازعاً بينها، ولحل هذا التنازع ، اتجه الرأى إلى تفضيل الاتفاقية الأكثر حداثة ، أو الأكثر خصوصية ، أو تطبيق قاعدة الفعالية القصوى "L`effectivité Maximale" وذلك بتفضيل الاتفاقية الأكثر صلاحية التى تؤدى إلى صحة التحكيم وتنفيذ الحكم (١).

"L`objectif Commun des conventions est un effet, en la matiére de Favoriser l`efficatcité international des decisions, et il est donc logique de donner la priorite` a celle qui va le plus loin dans ce sens".

ومع ذلك كثيراً ماتنظم الاتفاقيات ذاتها هذا التعارض المحتمل بوضع شرط الملاءمة "Clause dite de"compatibilité وهو مايسهل إلى حد ما تفسيره (٢).

---

(1) Mayer P. note sous cass. civi. janv. 1987, Rev. arb. 1988, P. 283.

(2) I.C.I. der dr. International. Fasc. 585.

- Procédure civile 105-2no 93 P.21 J.C.L. op. cit., no 98. P.22.

(٢) ويؤخذ على هذه التشريعات الوطنية لقواعد التجارة الدولية، أنها تؤدى إلى المزيد من التنازع بين القوانين، فهى تضيف إلى تنازع القوانين بين الدولة المختلفة نوعاً جديداً من التنازع الداخى فى إطار كل دولة تعتد بهذه الفكرة.=

وفى إطار اتفاقيات المساعدة القضائية المبرمة بمعرفة فرنسا فإنه من السهل التمييز، بين النصوص الخاصة بالتحكيم من ناحية وبين النصوص التى تكتفى بالإحالة إلى معاهدة نيويورك من ناحية أخرى.

وبصرف النظر عن النصوص المتعلّقة بإقرار أحكام التحكيم الصادرة من الخارج فإن هذه الاتفاقيات يمكن أن يكون لها تأثير على الاختصاص القضائي الدولى «المباشر» للقاضى الفرنسى أو الأجنبى عندما يكون الأمر متعلقاً بمناسبة دعوى تحكيم مرفوعة، وعلى سبيل المثال للحكم بإجراء مؤقت، أو تعيين محكّم أو رده (١).

ولما كانت المعاهدة تعتبر قانوناً وطنياً من قوانين الدّولة التى انضمت إليها، أو صدقت عليها، ومن ثم ، يمتنع الدفّع بالنظام العام لاستبعادها، أو استبعاد بعض قواعدها ، بحجة أنها تتعارض مع الأسس الجوهرية فى مجتمع الدّولة التى اعتنقتها.

٦- التشريعات الوطنية فى شأن تنظيم التجارة الدولية:

٣٤- وقد يكون مصدر أحكام قانون التجارة الدولية ، التشريع الداخلى (١)، مثل القانون التشيكى للتجارة الدولية الصادر فى ٤ ديسمبر ١٩٦٣ ، والسارى اعتباراً من أول ابريل ١٩٦٤ ، وهو يحتوى على ٧٢٦ ، يمثل تنظيماً شاملاً لجميع علاقات الأطراف المتعلقة بعقود التجارة الدولية (٣). ومن هذا القبيل أيضاً قانون جمهورية ألمانيا

BAUER H ; Les traités et les régles de droit international privé Rev. Crit., 1966, PP.= 537 et s.

وهذا مايؤدى إلى تعدد قواعد التجارة الدولية دون وحدتها.

(3) DEBY- Gérard : Le Rôle ... , op.cit., P.124, No. 158.

الديموقراطية فى شأن العقود الاقتصادية الدولية، وكذلك التشريعات الوطنية الخاصة بنقل التكنولوجيا مثل تشريع الفلبين الصادر بالمرسوم رقم ١٥٢٠ فى ١٠ أكتوبر ١٩٧٨ .

وفي سويسرا نظم المشّرع التّجارى الدّولى فى القانون الدّولى الخاص السويسرى فى القسم الثانى عشر فى المواد من ١٧٦-١٩٩ فى ١٩٨٧/١٢/١٨ السارى المفعول من أول يناير ١٩٨٩ (١).

وفى بلجيكا أدخل المشّرع البلجيكى نصوص اتفاقية استراسبورج المبرمة فى ٢٠ يناير سنة ١٩٦٦ التى تعتبر قانوناً موحداً للتحكيم، فى قانونه القضائى بمقتضى القانون الصادر فى ٤ يولية سنة ١٩٧٢ . وهذه النصوص تشكل الجزء السادس من القانون المشار إليه وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٨٥ أدخل المشرع تعديلاً هاماً بمقتضاه حًد من حالات الالتجاء الى المحاكم فى شأن دعاوى بطلان أحكام التحكيم الدولى الصادرة فى بلجيكا ، وطبقاً للمادة ١٧١٧ من القانون القضائى فإن الطعن بدعوى البطلان لايكون مقبولاً إلا إذا كان أحد أطراف التحكيم شخصا طبيعيا بلجيكيا أو متوطنا، فى بلجيكا ، أو شخصا معنويا كائناً فى بلجيكا أو له فرع ، أو مقر فيها(٢).

وفى مصر ، صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، عالج التحكيم الدولى والداخلى على حد سواء.

وهذه التشريعات الوطنية فى شأن نظم التجارة الدولية لايعمل بها إلا إذا اختارها الأطراف، وهى لاتنطبق إلا على عقود التجارة

(1) Fouchard i. cl. droit international Fasc. 585 2 ou Procédure civile. Fasc 105.2.
(2) J.C.L. Dr international. Fasc. 55-1 no 35,P.10.

الدولية، بمعنى أنه يستبعد تطبيقها على العقود الداخلية.

وهذه الطائفة من التشريعات تعتبر قواعد قانون دولي من مصدر تشريعي داخلي. وهي تخضع لنظام قانوني تنتمي إليه، بمعنى أنها لاتنطبق إلا إذا اتفق الأطراف على اختيارها. وهي في هذا تخضع في تطبيقها لقواعد التنازع (١).

٣٥- ويمكن تشبيه قواعد التجارة الدولية بقانون الشعوب Jus Jentium الذي كان سائداً في عهد الرومان(٢).

ولما كانت قواعد التجارة الدولية تستمد مصدرها إما من العادات والأعراف التي تعتبر ثمرة الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم، وقد تجد مصدرها في الاتفاقات الدولية التي ترمي إلى توحيد قواعد التنازع، أو القواعد الموضوعية، وقد تستقي أحكامها من التشريعات الداخلية، وكانت التشريعات والمعاهدات تعد بمثابة قوانين، مما يثور معه التساؤل عن طبيعة العادات والأعراف التي تستمد كيانها من الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم ومدى اعتبارها قانوناً واجب التطبيق.

---

(1) Déby. Gérard : Le rôle .., op. cit., p. 125, No. 1158.

(٢) الدكتور فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد : الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائيين، ١٩٨٧ص٩٩ .

المطلب الثانى
مدى اعتبار عادات وأعراف التجارة الدولية قانوناً

٣٦- يرى بعض الفقه (١) أن عادات وأعراف المهنة لاتطبق إلا بوصفها شروطاً تعاقدية تتجرد من الطابع القانونى، وهى لاتستمد قوتها الملزمة إلا من اتفاق الأطراف عليها. ولايمكن تصور وجود قاعدة قانونية بعيداً عن سلطان الدولة. فهى مجرد عادات اتفاقية تفتقر إلى عنصر الجزاء ولاترقى إلى مرتبة العرف الملزم. ومن ناحية أخرى، فإن هذه العادات التجارية تختلف من عقد الى آخر بحسب طبيعة العقد، بل تختلف أيضاً من مهنة أو حرفة إلى أخرى ، مما يفقدها صفة العمومة والتجريد، ويجردها بالتالى من طابع القانون. وأنها لاتتمتع بالتماسك المطلق حتى يمكن تكييفها بأنها نظام قانونى (٢).

وهذا فضلاً عن إنه لايمكن التّسوية بين العرف والعادة، فالعرف مصدر للقاعدة القانونية، أما العادة ، فليس لها هذا الأثر.

٣٧- ومع ذلك يميل الرأى الراجح (٣) إلى أنه على الرغم من أن هذا النظام مازال فى دور التكوين، ويشوبه كثير من النقص والغموض، وعدم التحديد، مثل أهلية الأطراف، وفوائد التأخير، وعيوب الإرادة،

---

(1) Lousouam. Principaux Courants du droit international Privé à L'époque actuelle. Recueil des cours de L'académie de dr. int à la-haye-1973-t (2) P. 303 et s.

(2) Beguin "Le developement de la Lex Mercatoria ..., P. 502.

(3) Déby- Gérad : Le rôle de la Régle de conflits dans le réglmentdes rapports internationaux, 1973, P; 177, Note 8.

B. Goldman : "Une bataille judiciaire autour de la lex Mercatia". L'affaire Norsolor, Rev. Arb., 1983, P. 379.

ولم يصل بعد إلى حد الشمول، فإنه يشكل نظاماً قانونياً له صفة الإلـزام "Une veritable systéme juridique" ذلك أن استقرار العمل بهذه العادات والأعراف، وتكرار تطبيقها على نحو مضطرد وتغلغلها فى إطار مجتمع معين ليحكم مصالحه المشتركة ثم إدراجها فى العقود النموذجية، أضفى عليها طابع القانون الملزم، فتحولت هذه الأعراف من سوابق قضائية إلى قواعد مجردة، وهو مايغنى عن خضوع عقود التجارة الدولية لقانون دولة ما. ويفرض على المحكم تطبيق هذا النظام من تلقاء نفسه تطبيقاً مباشراً، ويسرى عليه مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون.

وقد أطلق عليه M. Kahn «قانون حقيقى للمجتمع الدولى للبائعين والمشترين»(١).

ولاينبغى فهم صفة العموم للقاعدة على أنه يجب اعتياد جميع الناس على إتباعها، بل يكفى أن تتخصص القاعدة فى مهنة أو طائفة معينة أو فى نوع معين من المعاملات.

واستناداً إلى ذلك، طبّقت محكمة التحكيم لجمعية المصدرين الهولندية للحبوب والتقاوى والبذور عادات هذا الفرع من التجارة فى خصوص تاريخ المطالبة، والالتزام بضمان البائع (٢).

كما أن القواعد اللازمة للتحكيم التى تنصب على نوع معين من البضاعة المباعة، تكون بالضرورة مختلفة عن تلك التى يجب اتباعها عندما ينصب النزاع على توريد مهمات. ويجب أيضا أن تتلاءم

---

(1) "Un veritable droit de societé international des vendeurs et d'acheteurs"cité Par Fouchard. L'arbitrage commercial, op cit., P. 410. note 33.

(2) Fouchard: L'arbitrage commercial. op cit., P412.

الإجراءات والقانون الواجب التطبيق إذا تعلق الأمر بإنهاء مشروع دولي مشترك Joint Venture International .

ولاشك أن العرف التجارى يعتبر فى جميع التشريعات مصدراً للقاعدة القانونية، فهو والقانون سواء (١)، ورغم أن هذه القواعد لاتنتمى الى جهاز تشريعى معين، فقد أضفت محكمة النقض الفرنسية (٢) عليها طابع القانون.

وفى هذا يشير Derains أن «عادات وأعراف التجارة الدولية تعتبر بمثابة نظام قانونى مختص» (٣).

وقد رددت محكمة استئناف باريس هذا المبدأ مراراً فى أحكامها العديدة (٤) موضحة فى أحد هذه الأحكام بأن عادات وأعراف التجارة الدولية فى شأن تجارة معينة «بيع وشراء البصل» تعد أحكاماً قانونية يجب تطبيقها على النزاع، دون ثمة حاجة الى أتفاق الأطراف على ذلك، وأن هذه القواعد يفترض العلم بها من جانب المهنيين ويمتنع عليهم الاعتذار بجهلها.

ولايغير من ذلك ماذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٦ يناير ١٩٨٧ (٥) من أن محكمة النقض لاتملك الرقابة على وجود أو تطبيق مبادئ وعادات التجارة الدولية. ذلك أن هذا الحكم- كما رأى

---

(١) الدكتور محسن شفيق: التحكيم التجارى الدولى، دراسة فى قانون التجارة الدولية، ١٩٧٣-١٩٧٤،ص١٧، ١٧٥ .

(2) Cass. Civ., Déc. 1981. Rev Arb 1982, P. 183. Note Couchez.

(3) Y. DERAINS : Le Statut des usages du commerce international vevant les juridictions arbitrales, Rev. Arb. 1973, PP. 122 ets.

(4) Paris 21 Juin 1980, Clunet 1982, P. 931 Note Oppetit; Trib. Gr. Inst. Paris4 Mars 1981, Clunet 1981. P. 836 Note P. H. Kahn.

(5) Rev. Crit de Droit Int. Privé 1988, P.771 Clunet 1987, P. 643.

Goldman (١)- لم ينكر على هذه القواعد طابع القانون. ولكنه شبه هذه القواعد والعادات بالقواعد الأجنبية، استناداً إلى أنها لاتنتمى الى النظام القانونى الداخلى الفرنسى، وأن المحكمة إذ رفضت الرقابة على وجودها وتفسيرها مثلما ترفض هذه الرقابة بالنسبة للقوانين الأجنبية الا فى حالة المسخ. وأن هذا الحكم ليس فيه عودة الى الوراء.

ولا يعنى اعتبار العادات مجرد عناصر واقعية فى النزاع، ويضيف أنه يمكن التفكير فى المسألة على غرار القوانين الأجنبية- وطبقاً لما ذهب إليه «باتيفول» (٢) من أن مبادئ وعادات التجارة الدولية تملك فى مواجهة القاضى الفرنسى «العنصر المنطقى» لقانون "Facteur rationnel" ولكن دون عنصره الآمر "Fracteur impératif" وهى على هذا النحو لاتفقد طابعها المادى كقواعد قانونية. ولكن رقابة تفسيرها وتطبيقها لاتدخل فى مهمة محكمة النقض.

أما الجزاء فهو خارج عن القاعدة القانونية وليس ركناً فيها، فهناك قواعد قانونية معترف بها، لم ينكر أحد طبيعتها. ومع ذك ، لاتتمتع بالجزاء الذى يكفل احترامها، مثل قواعد القانون الدستورى والقانون الدولى، فالجزاء عنصر إضافي لفعالية القاعدة القانونية، وليس عنصراً لوجودها.

ومع ذلك، يكفى فى هذا الصدد، الشعور النفسى الكامن، والوعى السائد ، لدى المهنيين ومجتمع التجار، باتباع تلك القواعد ، المخاطبين بأحكامها، واستقرار الإيمان فى نفوسهم بأن هذه القواعد قد صارت ملزمة أو أنها اكتسبت طابع الإلزام، فأصبحت راسخة فى نفوسهم

---

(1) Rev. Crit ...., op. cit.

(2) BATIFFOL et LAGARDE : Traité ...., 7éd. (1), No. 328, P. 382.

يعترفون بوجودها، ويخضعون تلقائياً وارادياً لها ويعملون على احترامها، بما يضفي عليها طابع القانون الملزم ، على نحو يتحقق معه نظام الهيكل القانونى الذي يمكن أن يتحقق فى مجتمع معين ، ولم لم يتمثل فى شكل دولة.

وقد جرى العمل فى إطار التحكيم الدولى على أن هناك صوراً معينة من الجزاء، تتمثل فى نشر الحكم عند عدم تنفيذ المحكوم ضده لحكم التحكيم. وقد يظهر هذا الجزاء فى صورة حرمان هذا الطرف من الالتجاء مستقبلاً إلى التحكيم. كما تقوم بعض هيئات التحكيم بإلزام الأطراف، سلفاً ، بتقديم كفالة لضمان تنفيذ حكم التحكيم، ومن ناحية أخرى، تتدخل الدولة فى التنفيذ الجبرى لحكم المحكمين.

وعلى أساس ماتقدّم ، يمكن ردّ هذه القواعد إلى نظام قانونى قائم بذاته، ينظم مصالح مشتركة مترابطة ، رغم أنه نظام غير وطنى مستقل عن النظم القانونية الأخري (١) ، تقوم هيئات التحكيم على كفالة احترامه وتطبيقه، هذا ولايمكن إغفال الدور الهام والجوهرى الذى تؤديه عادات وأعراف التجارة الدولية فى إطار التحكيم الدولى فى عدة مراحل ، سواء فى مرحلة إبرام عقود التجارة الدولية أو التفاوض فى شأنها، أو فيما يتعلق بتنفيذ هذه العقود، وكذلك فيما تقدمه من حلول فى مجال تسوية ماينشأ عن العقود المشار إليها من منازعات.

٣٨- واستناداً إلى الطابع القانونى لهذه القواعد التى تمتص فكرة اختلاف التشريعات الوطنية، فإنها تطبق بصرف النظر عن قواعد الإسناد. ذلك أنها قواعد مادية مباشرة، تشكل قانوناً خاصاً لعلاقات

---

(1) Un droit se forme dans toute communauté. et qu "une organisation etatique n'est pas necessaire".

التجارة الدولية استقلالاً عن قواعد التنازع (١)، ولايغير من ذلك، كون هذه القواعد مكملة ، إذ أن القواعد المكملة والقواعد الآمرة، سواء من حيث التزام المحكم بتطبيقها، ولايفيد اختيار الأطراف لهذه القواعد إلا تأكيداً لقصدهم المشترك فى إعمالها بالأولوية على أى قانون وطنى (٢).

ويلاحظ أن المحكم الذي اختار عدم إعمال قواعد التنازع لأى قانون وطنى. واعتنق Lex Mercatoria، ومبدأ حسن النية. فإنه يكون قد طبق مبدأ مستمداً من نظم خاصة، دون أن يخالف القانون الآمر لأية دولة ترتبط بالنزاع (٣).

٣٩- أما بالنسبة لما قد يشوب هذا القانون غير الوطني من قصور فإنه يتعين اللجوء فى شأنه إلى القوانين الوطنية المختلفة، للتصدى للمسائل التى لاتعالجها قواعد التجارة الدولية. ولاتنطوى على حل لها. وفى هذه الحالة، يكون التطبيق على النزاع جامعاً لهذه القواعد ولأحكام القوانين الوطنية ، عندئذ يخضع النزاع فى شق منه لقواعد التجارة الدولية، وفى شق آخر لقواعد القانون الداخلى لدولة معينة من خلال منهج تنازع القوانين، أو من خلال تطبيق قاعدة من قواعد البوليس أو التطبيق الفورى ، وعلى سبيل المثال. إذا كان الاعتماد المستندى هو المجال المرغوب فيه لإعمال فكرة العقد استناداً الى العرف الدولى المستقل عن أى قانون وطنى، فإن القول باستبعاد أى قانون وطنىْ ، ليس ممكناً من الناحية العملية (١) ، وهو مايترتب

Fouchard. Arbitrage commercial international, 1965, P. 403.

(1) Deby. Gérad. le rôle de la règle ..., op.cit., P. 129, no. 163, Sepec. 131.,

(٢) مايلى رقم (٤٠).

(3) 18. Nov. 1982. Suprême d'Autriche clunet. 1983. P. 645.

عليه تجزئة المركز التعاقدى. وعند غياب نصوص تفصيلية لتحديد سعر الفائدة فى نطاق القانون غير الوطنى، فإن المحكم يلتزم بالرجوع إلى قانون دولة معينة.

وغني عن البيان أن هناك مجالات فى الدول المختلفة، تحتفظ فيها هذه الدول بسلطانها التشريعى الآمر، ولايمكن للأطراف أن يتخلصوا منها، وهذه المجالات تخص الأسس الهامة لسياسة الاقتصاد الدولى، ولاتترك مجالاً حراً لإرادة الأطراف (٢)، مثل غالبية القواعد المتعلقة بالنقد، التى تتكاثر فيها قوانين البوليس. وهى - كما نعلم - موضوع إسناد خاص بقانون كل دولة، مما يستحيل تجاهلها، ذلك أن احترام هذه القواعد يفرض على المحكم، أسوة بالقاضى (٣).

ولهذا يري جانب من الفقه (٤) أن قانون التجارة الدولية- فى ثوبه الجديد Nouvelle lex Mercatoria - ليس الا إحياء للنظام القانونى السابق عليه، الذى كان سائداً فى العصور الوسطي ويطلق عليه "Lex Mercatoria" ويمثل عودة إليه مرة أخري حيث كان هذا القانون يحكم عقود التجارة الدولية المتنوعة التى تتم عبر حدود القارة الأوربية بين جماعة التجار، ذات الكيان المستقل والوسط الاجتماعى الواحد . المنتشرة فى أماكن متباعدة من هذه القارة. وكان يتم حسم هذه المنازعات عن طريق التحكيم بتطبيق قواعد هذا القانون مباشرة بعيداً عن منهج تنازع القوانين . وبالمثل ، فقد نشأ

---

(1) Stouflet. le credit documentaire, 1957,P. 122.

(2) Stouflet. le credit dacumentaire. 1957, P. 112.

Kopelmans. International canentions and standard cantracts as means of scaping fram the application at municipal law. P. 121in the law of international trade. Schmitta ed landress 1964.

(3) Mezger. Compte rendue de International Arbitration. Rev. Crit. 1970,P.174.

(4) Golman. Frontiéres du drpot et lex Mercatoria, Archives de la Philosophie dde droit. T. IX. 1964, P. 185.

فى العصر الحديث مجتمع قانونى منظم ، ومتجانس ، يجرى بين أفراده التعامل طبقاً لهذه القواعد على نحو مضطرد، مما أضفي عليها الطابع القانونى، على الأخص بعد تزايد عمليات التبادل الاقتصادى على المستوى الدولي بشكل سريع يساير تطور وسائل الاتصال، والتقدم التكنولوچى ، ومساهمة المصارف فى الصفقات التجارية، وظهور هذا القانون فى ثوبه الجديد الملائم لمتطلبات الحياة الحديثة، وأصبح أعضاء هذا المجتمع- فى شأن علاقاتهم عبر الدول- فى حل من الخضوع لأى نظام قانونى آخر، سواء أكان داخلياً أو دولياً (١).

٤٠- وتشير المادة (٧) من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٦١ الى ضرورة مراعاة هيئات التحكيم عادات التجارة الدولية » وهذا ماتضمنته أيضاً ، المادة ٥/١٣ من لائحة غرفة التجارة الدولية. وكذلك نصت المادة ٤/٢٨ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى فى ٢١ يونيه ١٩٨٥:« ... وفى جميع الأحوال تفصل هيئة لتحكيم فى النزاع وفقاً لشروط العقد، وتأخذ فى اعتبارها العادات المتبعة فى ذلك النوع من النشاط التجارى المطبقة على المعاملة ».

ولكن متى يتم الرجوع إلى هذه القواعد ، أو بعبارة أخرى، مدى الأولوية فى التطبيق بين هذه القواعد وبين اختيار قانون وطنى طبقاً لقاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية. وهو مانعرض له فى المطلب التالى:

---

(1) KAHN : Le Mercatoria et pratique de contrats internationaux- Contrat international économique, 1975,PP. 171, 172 et 182.

المطلب الثالث

التنازع في التطبيق في مسائل التحكيم التجاري الدولي بين منهج التنازع وقواعد التجارة الدولية ومدى التعايش بينهما

٤١- اتجه جانب من الفقه (١)، إلى شمولية القواعد الموضوعية في المجال الذي تطبق فيه مما يؤدي إلى استبعاد قاعدة تنازع القوانين، وأنه يجب على المحكمين تفضيل تطبيق القواعد العرفية والعادات المهنية في جميع مسائل التحكيم التجاري الدولي ، أيا كان موضوعها لحل النزاع عن قوانين الدول التي تعد غير كافية أو ليست ملائمة(٢) ، وأن الأصل أن المحكمين يطبقون من تلقاء أنفسهم عادات وأعراف التجارة الدولية.

ومع ذلك ، ترى أن قانون التجارة الدولية، إذا كان يعتبر بمثابة قانون اختصاص المحكم الدولي. فإن هذا مشروط بألا يكون هنا قانون مختص وفقاً لقاعدة تنازع القوانين (٣)، باعتبار أن الأصل أو الأولوية لمنهج التنازع، وأن القواعد الدولية غير الوطنية "Anational" ، ليس لها سوى طابع مكمل (٤) "Une porteé suppletive" ، كما أن المجال الذي تنطبق فيه هذه القواعد الموضوعية مازال محدوداً.

---

(١) مشار إليه في الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة في العقد الدولي الطليق سنة ١٩٨٩، ص٣٩٢ .

(2) Fouchard L'arbitrage commercial international, P.414.418,419, no. 594 et 589.

(3) Déby Gérad. le rôle ...., op. cit., P. 99 note (2).

(4) Observations sous sentence rendue dans l'affaire No. 1526 en 1968. C.I. Clunet. 1985, P. 918.

وبهذا حكمت محكمة التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٤٤٢٤ لسنة ١٩٨٣ (١) بأنه« يفرض على المحكم فى المقام الأول أن يختار قاعدة تنازع القوانين التى تتلاءم مع موضوع النزاع».

«ولا يجد قانون التجارة الدولية محلاً للتطبيق إلا فى حالة استبعاد المحكم للقانون الواجب التطبيق لمساسه بالنظام العام بمفهومه الدولى، أو بمبادئ حسن النية كما لايطبق قانون التجارة الدولية إلا إذا تعذر إثبات القانون الواجب التطبيق ، أو إذا استحال تركيز النزاع فى نظام قانوني لدولة معينة أو إذا تبين أن قانون التجارة الدولية ينطوى على قصور أو نقص (٢) يتعين تكملته من منهج تنازع القوانين.

«وبهذا قضى بأنه إذا كان الطرفان (أحدهما فرنسى والآخر هولندى» قد تمسكا أمام هيئة التحكيم بتطبيق قانونه الوطنى بشأن النزاع بينهما المتعلق ببناء سفينة ، وكان المحكم قد خلص إلى تطبيق القانون الفرنسى بوصفه قانون مكان الإبرام ، فإنه قد رأي فى الوقت ذاته سد الفراغ التشريعى فى هذا القانون بالالتجاء الى عادات وأعراف التجارة الدولية» (٣).

وقضي أيضاً بأنه : «يمتنع تطبيق قانون التجارة الدولية بمجرد الإشارة إلى قانون معين واجب التطبيق على الموضوع ، أو تم تحديده

(1) Clunet. op. cit. P. 19.

(2) Observations sous sentence dans L'affaire 7461/en 1987. Cour d'arbitrage C.C.I clunet 1987, P. 1021 et s.

(٣) مشار إليه فى الدكتور أبو زيد رضوان: الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى. ١٩٨١، ص١٨٦هامش رقم ١٦٣ .

بمعرفة الأطراف» (١).

وقد اعتبر القانون النموذجي للتحكيم التجارى الدولى العادات بمثابة مصدر احتياطى.

وفى هذا الخصوص ، توجب المادة ٥/١٣ من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس، على المحكمين البحث عما إذا كان هناك قانون معين واجب التطبيق على الموضوع، أو كان هذا القانون قد تحدد بمعرفة الأطراف- بمعنى أن القاعدة الأصلية هو البحث عن القانون المختص بحكم العلاقة. وتضيف المادة ٥/١٣ المشار إليها على أن: «يراعى المحكم فى جميع الأحوال أحكام العقد والعادات التجارية».

وفى إطار قانون المرافعات الفرنسي الجديد، والذى نظم التحكيم التجارى الدولى ، نصت المادة ١٤٩٦ منه على عادات التجارة. والاتجاه السائد فى الفقه الفرنسى، أن هذه العادات تحل محل القانون الواجب التطبيق عند سكوت الخصوم عن تحديده (٢).

٤٢- ومع ذلك ، نرى أنه يمكن تطبيق قانون التجارة الدولية ، متى اختار الأطراف هذا القانون فى مجموعة صراحة أو أحد مكوناته.

وعادة مايتم إدراج شرط تطبيق المبادئ العامة المشتركة بين الأمم المتمدينة فى عقود التجارة الدولية بهدف الخضوع لأحكامها. وبالمثل فإن اتفاق الأطراف على إخضاع عقدهم لعادات وأعراف التجارة الدولية يفيد حتماً رغبتهم فى اختيار هذه العادات والأعراف لحكم العقد، ويؤكد نيتهم المشتركة فى اعتبارها بمثابة قانون الإرادة .

(1) Obervations Sous Sentence rendue dans L'affaire 5118 en 1986, Cour d'Arbitrage de la C.C.I. Clunet 1978, P. 1027 spéc. P. 1029.

(2) Pierre Bellet et Ernst Mezger: L'abitrage international dans le nouveau Code de procédure, Rev. Crit., 1981, P.633.

ويؤيد هذا النظر، ماذهب إليه المحكّم فى حكم « أرامكو » (١) بين المملكة العربية السعودية، والشركة العربية الأمريكية للبترول، من أن البحث عن قانون آخر لايتأتى إلا إذا لم يتفق الأطراف على اختيار قانون معين.

ولانرى أن مجرد وجود شرط التحكيم، يترتب عليه ضرورة تطبيق عادات التجارة الدولية ، بل يجب النص على ذلك صراحة (٢).

وأن انتفاء تحديد قانون وطنى لدولة معينة لايؤخذ على أنه تحديد ضمنى لقانون غير وطنى (٣).

ولايمكن القول أن مجرد اللجوء إلى التّحكيم يوجب تجاوز قواعد الإسناد أو القوانين الوطنية.

وطبقاً لنص المادة ١/٧ من معاهدة جنيف سنة ١٩٦١ يستطيع المحكم أن يأخذ فى اعتباره عادات التجارة الدولية، ويطبقها بالأولوية على نص أو نصوص قانون مختار يحكم العقد.

وهناك اتجاه قوى لدى المحكمين (٤)، ينطلق من التحليل الإجمالى

(1`) Aramco Arbitration Saudia V. Armco Award of 23 August 1958, International Reports, Vol. 27,1963, PP. 117 et s.

(٢) الدكتور عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن فى عقود التنمية الأقتصادية فى القانون الدولى الخاص ص٩٨ رقم ٨٣ . عكس ذلك :

Loussouarn et Brédin Dr. du commerce intrenational Sirey. 1969, P.41, note (1).

حيث يرى هذا الفقه أن مكنه المحكم فى إستناده إلى القواعد المهنية، وتحرره من قانون دولة معينة، إنما ينتج "Ipso-Facto" من شرط التحكيم.

(3) Jean C. Pommier, Principe d'autonomie de la loi du contrat en dr. int. priv: conventionnel. P.300.

وعلى العكس. فإن سكون أطراف العقد. على إعتباره بمثابة قرينة كاشفة عن أختيار Lex Mercatoria متى وجد شرط صريح يشير إلى تطابق إرادتهم على عدم خضوع العقد لقانون وطنى.

(4) Observations M.Y.D. sous Sentence No. 4154 en 1984, Clunet 1985, P. 983.

للمركز المتنازع عليه، ولتحديد القواعد التى تحكم محل النزاع علي نحو أفضل.

وهذا هو الحال ، إذا كانت المسائل المطروحة تجد حلاً لها فى نصوص العقد، أو فى قواعد التجارة الدولية. عندئذ لاجدوى من البحث عن قانون الواجب التطبيق عليها(١).

وذهب بعض الفقه (٢) إلى أن اختيار المهنيين الملمين بظروف وعادات فرع نشاط معين يقتضى التطبيق التلقائى للقانون المهنى غير الوطنى.

ويطلق على قانون التجارة الدولية «قانون الشعوب» أو قانون «عبر الدول» وهو نظام قانونى وسط، ومختلط ، يقف على منتصف الطريق بين القانون الدولى بمفهومه التقليدى والقانون الداخلى.

٤٣- ويختلف قانون التجارة الدولية عن قواعد الإسناد. فالأول يتضمن قواعد مادية تنطبق مباشرة على منازعات الاستثمار والتنمية والتجارة الدولية، فى حين أن قواعد الإسناد لاتقدم حلاً مباشراً للنزاع ، بل ترشد إلى القانون الواجب التطبيق. ومع ذلك،

---

(٢) ومؤدى هذا الإتجاه، أن القانون الواجب التطبيق لايقوم إلا بدور إحتياطى، إذ لايتم اللجوء إليه إلا إذا كانت النصوص التعاقدية أو عادات التجارة الدولية لاتقدم الحل المحتمل لفض النزاع المطروح.

ويرتاب الفقه فى العالم الثالث فى الأتجاه الذى يؤدى إلى إستبعاد العقد من القوانين الوطنية وإخضاعه لقانون التجارة الدولية لأن مثل هذا الأستبعاد يحرم فى بعض الأحيان الطرف الضعيف إقتصادياً من الحماية التى تكفلها له عادة قواعد التنازع:

الدكتور هشام صادق Concl. sur les régles applicable a'la procédure.
d'arbitrage commercial international. Oct. 1993, P. 21.

(1) Level. Le contrat dit sans Loi. Trav.com dr. int priv 1964-1966. P.230 et s.

فإن قواعد الإسناد أوسع نطاقاً ، إذ تتسع لتشمل جميع المسائل ذات الطابع الدولى.

وهنا يثور التساؤل عن مدى تطبيق قانون التجارة الدولية على عقود الدولة.

المطلب الرابع
مدى تطبيق قانون التجارة الدولية
علي عقود الدولة

٤٤- يتنازع فكرة تطبيق قانون التجارة الدولية - بوصفه نظاماً قانونياً - نظريتان فى شأن انطباقه على عقود الدولة:

الأولى : مقيّدة ، ومؤداها أن قانون التجارة الدولية ، هو قانون خاص ، وتلقائّى . فهو خاص، بمعنى أنه يتعلّق بالتّجارة الدّولية التى تنتشر في وسط متجانس. وهو تلقائّى ، من حيث نشأته وطريقة إعداده. فهو ليس مقنّناً فى مجموعه، ولايستند إلى سلطة معّينة. وهو فى هذا يقترب من العرف "Rapprochait d'une coutume" ، على الأقل من حيث طريقة تكوينه.

وطبقاً لهذه النظرية، فإن قانون التجارة الدولية لايتمتع بإمكانية تطبيقه فى شأن المسائل المتعلقة بعقود الدولة، ذلك أن الوسط الذى تنشأ فيه المعاملات بين الدول والمشروعات الكبيرة الأجنبية، غير متجانس. كما أنه إراديّ، ويثير التنازع (Volontiers Conflictuels). فالأهداف والمصالح فى هذا الصدد ليست فى نفس المستوى- . وتطبيقها- فيما لو تحقق- لايمكن أن يكون إلا مؤقتاً. ولهذا يكون من العسير امتداد قانون التجارة الدولية الى عقود الدولة عند تخلف شرط التحديد الصريح.

أما النظرية الثانية ، فهى أكثر اتساعاً Plus ouverte ، ونـري أن

قانون التجارة الدولية، هو قانون فى سبيل التكوين يتعلق بجميع علاقات التجارة على المستوى الدولى. وهذا القانون يجد سنده الأساسى فى العادات والأعراف ثم فى المبادئ العامة للقانون، وكذلك القانون الدولى المطبق المستخلص من خلال التحكيم(١).

ونرى الاعتداد بالاتجاه الثانى. ذلك أن قانون التجارة الدولية هو بوتقة لانهاية لها، يستمد كيانه من مصادر مختلفة، ويتكون أيضاً من قواعد تلقائيا محضة (وهو قانون التجارة الدولية من النموذج الأول والعادات والأعراف)، وكذلك من القواعد المستعارة من نظم قانونية أخرى (قوانين داخلية أو دولية) ملائمة من حيث مضمونها. وهذا يسقط الاعتراض المتعلق بعدم ملاءمة قانون التجارة الدولية لحكم عقود الدولة ، بسبب أن هذا الأخير لايفرق إطلاقاً بين مجتمع الدول أو المجتمعات الخاصة. فبقاء قواعد قانون التجارة الدولية يتلاءم مع وجود أى عملية ذات طابع تجارى، ويصح الالتجاء إلى هذا القانون أياً كان أطراف العلاقة. وهو ماكشفت عنه أحكام التحكيم فى العقود الاستثمارية، وعقود القرض ، واستغلال النفط التى تبرم عادة بين شركة أو أحد أشخاص القانون الخاص الأجانب من جهة، ودولة جهة أخرى، بحيث تقوم هذه الأجهزة بنفسها، أو عن طريق وحداتها العامة بمتقضى هذه العقود بممارسة تجارتها الخارجية، مما يعد دليلاً قاطعاً على إعترافها بقيام عادات وأعراف التجارة الدولية ، والخضوع لها، إذ ساهمت عن طريق أنشطتها التجارية فى تكوينها، والدولة إذ تمارس التجارة الدولية سواء كمنتج أو كموزع، تأخذ تماماً حكم التاجر،

---

(١) راجع ذلك، معروضاً فى:

Jean Michel Jacquet: L'Etat opérateur du commerce international, clunet, 1989, PP. 67 et

وتقبل بالتالى الخضوع لقانون الوسط التجاري المتمثل فى العادات والأعراف التجارية (١) والمبادئ العامة فى الأمم المتمدينة والعدالة ، ولاتتمتع فى ممارستها لهذا النشاط التجارى بأية حصانة.

وأن صحة اتفاق التحكيم المبرم بمعرفة الأجهزة العامة فى إطار التحكيم التجاري الدولى أصبح إليوم أمراً مستقراً ، وأن خاصية عقود الدولة لاتؤدى إلى استبعاد مجموعة العقود الخاصة بالتجارة الدولية (٢) ولاتتعارض معها.

ولهذا قضي بصحة التجاء الدولة الفرنسية والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم فى روابط التجارة الدولية، رغم منعها فى القانون الداخلى بمقتضى المادتين ١٠٠٤ ، ٨٣ من قانون المرافعات الفرنسى (٣) «القديم».

يؤكد ماتقدم ، إنشاء المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار ومقره الرئيسى واشنطن "C.I.R.D.I" وهو يختص بتحكيم عقود الدولة مع المستثمرين، إلا أن ذلك لم يحل بين لدول المضيفة والمستثمرين من اللجوء الى مراكز التحكيم الأخري مثل غرفة التجارة الدولية.

كما يطبق المركز الدولي على منازعات الاستثمار ، القانون الذى يتّفق عليه الأطراف، وعند غيابه قانون الدولة الطرف فى النزاع ويمكن للأطراف الاتفاق عليه فض النزاع طبقاً للمبادئ العامة للقانون، ولهذا المركز سلطة فض المنازعات المذكورة طبقاً لقواعد

---

(1) Fouchard. "L'État Face au usages du commerce international, Trav. du Comité Français de dr. International Priv. 1977,P 72 et s.

(2) J. C. L. dr. international Fasc. 585 1 P. 15-no-72.

(3) Cass-2 Mai 1966- clunet, P. 648. note P. level Rev. crit. 967, P. 553. note Golman.

العدالة، ولاجدال فى أن المبادئ العامة للقانون وفكرة العدالة تدخل فى مكونات قانون التجارة الدولية.

وقد حرص المشرع في المادة الأولى من قانون التحكيم المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ الى جواز التحكيم فى منازعات العقود الادارية التي يكون أشخاص القانون العام طرفا فيها (١)

---

(١) راجع مايلى رقم ٢٠٩ .

المطلب الخامس
مركز أعراف وعادات التجارة الدولية
أمام القضاء الوطنى

٤٥- لما كانت عادات وأعراف التجارة الدولية ، تعد قانوناً غير وطـــنـــى Anational تكون تلقائياً. نتيجة الجهد الإنشائى لقضاء التحكيم . وبعيداً عن نطاق الأجهزة التشريعية للدول المختلفة. ويعتبر قضاء التحكيم هو السلطة الخالقة لهذه القواعد، وهو الذى يستطيع تفسيرها بدقة. ومن ثم كان طبيعياً أن تطبق هذه الأعراف أمام قضاء التحكيم. وأنه لايجد في الأصل مكانه أمام قضاء المحاكم حتى ولو تعلّق الأمر بمنازعة من منازعات التجارة الدولية، التي تخضع لسيطرة نظام قانونى لدولة معينة Sous L'empir d'unsysteme juridique national ومع ذلك. نرى أنه يمكن أن يتم تطبيق هذه القواعد أمام قضاء الدول عن طريق الاختيار المادى أو الإدماج. الذى لايستند إلى قاعدة تنازع (١). أو فى الأحوال الذي يشير فيها القانون الداخلى إلى ذلك، أى عندما يحيل فيها إلى عادات وأعراف التجارة الدولية(٢).

وأمام المحكم، فإن مكنه اختبار قانون غير وطنى بمعرفة الأطراف قد تتطلب تحقق تنازع ممكن أو محتمل في القوانين بين نظام قانونى يتعلق بدولة معينة أو نظام قانونى دولى أو نظام قانونى

---

(1) m. Bellet Limitant ce point de vue aux tribunaux étatiques. cité par pommier, principe d'autonomie et la loi du contrat en dr. int. priv. conventionnel, P. 289, notes (2).

(٢) مايلى رقم ١٢٨ .

ثالث إذ ليس بالضرورة أن يتحقق تنازع قوانين بين نظم قانونية لدول متنافسة (١).

بمعني أن هذا الاختيار أمام المحكم فى هذا الخصوص. قد يكون اختياراً تنازعياً. بوصف أن قانون التجارة الدولية يشكل نظاماً قانونياً بحكم العقد (٢).

ومتى تم تحديد قانون التجارة الدولية أمام المحكم، تعين بيان أثر التحديد الإجمالىّ أو الجزئىّ للقانون المشار إليه.

(1) Mayer. "Le mythe de l'ordre juridique de base". Mélanges Goldman, P. 199 et s.

(2) Derains "Le statut des usages ..., op. cit., Rev. arb. P. 128 et 139 Loquin "L'application de règles-a- national dans l'arbitrage commercial international. in Arbitrage commercial international. P. 82.

المطلب السادس
أثر التحديد الإجمالى أو الجزئى
لقانون التجارة الدولية

إن شرط اختيار قانون التجارة الدولية يمثل تحديداً إجمالياً، يشتمل على العادات والمبادئ العامة للقانون. وعلى العكس، فإن التّحديد الجزئي لهذا القانون يقتضى تحديد إما عادات التجارة الدلية. وإما المبادئ العامة للقانون، بمعنى أن هذا التحديد ينصرف إلى أحد هذه المكونات.

ويرى Weil (١) ، أن مجرد الإشارة الجزئيّة الي أحد مكونات قانون التجارة الدولية لايؤدى إلى الإشارة الإجمالية إلى نظام قانونى آخر.

ومع ذلك ، فإن وجهة النظر العكسية قد تم الدفاع عنها (٢) ، استناداً إلي أنه على الرّغم من أن عادات التّجارة الدوليّة لم يتّم اختيارها صراحة ، ولكن تم اختيار المبادئ العامة للقانون وحدها، فإن المادة ١/٧ من اتفاقية سنة ١٩٦١ ترى أن المحكّم يجب عليه أن يأخذ فى اعتباره عادات التجارة، ولهذا ، فإن قانون التجارة فى مجموعه يواجه العقد، كما أن صعوبة وضع حد فاصل بين العادات والمبادئ ، قد يسهّل الحرية المتروكة للمحكم فى تطبيق أحد مكونات قانون التجارة، رغم أنه لم يتم اختياره.

---

(1) Principes Géneraux de droit ..., op. cit., P. 406.
(2) Pommier ..., op.cit., P. 297-299.

وعلى ذلك، فإن هذا الاختيار المجرد لـ Lex Mercatoria يتضمّن اختيار قانون التجارة فى مجموعه أو أحد مكّوناته (المبادئ العامة للقانون أو العادات)، وكذلك فإن هذا الشرط يحدد ضمناً قانون التجارة فى مجموعه، حتى ولو كان قد تم اختيار، أحد مكّوناته بصفة مجّردة أو محسوسة.

المطلب السابع
فكرة تدويل عقود التجارة الدولية

٤٦- ويـــرى Weil (١) ، أن الاتجاه إلى عدم تركيز عقود التجارة الدولية ، وانتزاعها من أيّ نظام قانوني لدولة مايصحبه بالضرورة تدويل حقيقي لهذا العقد (٢) سواء في النّطاق الموضوعّي للقانون الواجب التطبيق أو القانون الإجرائّي ، مثل اختيار محكّم محايد. وتكون هذه العقود خاضعة إلى :

"Droit commun économique ou nouvelle lex Mercatoria ou droit trnasnational"

ومع ذلك ، فإن هذا التّدويل لايغطى كافة العلاقات الناشئة عن عقد معين، ذلك أن هذا النظام الجديد يعوزه الدقة، يشوبه الغموض، ولم يتكون حتى الآن باعتراف مؤيّديه. وهو عاجز عن حل جميع المشاكل التى تثار أمام المحكّم ومن ثم فإن هذا التدويل هو مجر اتّجاه، ولم يصل العقد بعد إلى هذه المرحلة. فإذا ما أضيف إلى ماتقدم ، أنه ليس من سبيل إلى استبعاد القانون الإقليمى بقواعده الآمرة ونظامه العام إذ أن التدويل يصطدم بالقانون الإدارى والاجتماعى وقوانين النقد والتشريعات الاقتصادية، لأن هذه القوانين تبتعد بداهة عن نطاق الإرادة (٣).

(1) Wéit. Problémes relatifs aux contrats passés entr un Etat en un particlier. Recueil des cours 1969, 1969, P. 181 et s.

(2) "Une veritabe internationalisation du rapport juridique".

(3) Deby GFérad F. : Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux 1973, P. 217 no.-270.

وهناك اتجاه (١) يرى تدويل عقود التجارة الدولية بين الدول والأفراد واستبعاد القانون الوطني لدولة معينة، وإعمال قواعد القانون الدولي العام.

وقد استهدف هذا الاتجاه الانتقاد من جانب الفقه الغالب الذي يرى أن هذا القانون لايتلاءم مع مصالح التجارة الدولية على نحو ماسنرى (٢).

---

(2) Verdross : A "Protection of private property under quas-international agreement "in Mèlanges François 1959. P. 360 et s.

(٢) مايلي رقم ١٦٨، ١٨٢ .

المطلب الثامن
التفرقة بين قواعد التطبيق الضرورى وقواعد القانون الدولى المادى أمام قضاء التحكيم

٤٦ م يعزى ظهور قواعد التطبيق الضرورى إلى تطوّر الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وماصاحبها من تدخل الدولة- على نطاق واسع- بالتنظيم القانونى الآمر فى نظمها الداخلية نتيجة التأثر بالمذهب الاشتراكى، فظهرت القواعد الآمرة فى قوانين الضرائب والرقابة على النقد والإنتاج، ومحاربة الاحتكار، وقيود الاستيراد والتصدير، وحماية المستهلك. مما أدى إلى ثبوت الاختصاص التشريعّى لقانون القاضى فى بعض علاقات الأفراد. أيا كانت طبيعة هذه العلاقات، أى سواء أكانت داخلية أم دولية.

وهذه القواعد تأخذ صورة قوانين البوليس ، أو القواعد المزودة بقوة دولية مطلقة.

وقد رأى جانب من الفقه ، اعتبار قوانين التطبيق الضرورى مرادفة لقوانين النظام العام. فكلاهما يرمي إلى حماية القيم الاجتماعية والسياسية للجماعة (١).

وذلك تمييزاً لها عن مبادئ النظام العام أو الّدفع بالنظام العام.

وقد بلغت هذه القواعد من الأهمية فى دولة القاضى التى أصدرتها

---

(1) Kraquillo. Etude de quelques manifestations des lois d'application immediate dans la jurisprdence Française de dr. int. priv. Thèse limoge 1972. P. 143- Sperduti. lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public. Rev. crit. 1977. P. 5et s.

بحيث تنطبق على العلاقة التى تحكمها مباشرة ، وتستأثر بها وحدها، دون وساطة قواعد التنازع . ومن ثم ، فإنه تتكفل ببيان الحل الموضوعى للعلاقة متى كانت تندرج فى نطاق سريانها المكانى، وهذه القوانين الداخلية تستبعد آثار التمييز بين القانون العام والقانون الخاص.

ويجب أن تعتبر بمثابة معايير مكانية ليس فقط تلك التى تعتبر من طبيعة إقليمية. بل أيضاً تلك المعايير الشخصية ، مثل موطن أو جنسية أطراف الحق(١).

فالمعايير الشخصية ليست محدودة بحدود الإقليم. أى أنها أعدت لتحكم المواطنين أينما كانوا، مثل التزام الأمن الاقتصادى الذى يفرض على جميع المواطنين حتى من كان منهم مقيماً فى الخارج. كما هو الحال فى القانون البلجيكى الصادر فى ١٩٧٠/٦/١٧ . إذ ينطبق على كل طلاق يحكم به بين زوجين أحدهما على الأقل بلجيكى ، أيا كان مكان حدوث الطلاق (٢). وهذا هو الشأن أيضاً بالنسبة للقانون البلجيكى الصادر فى ٩ أبريل سنة ١٩٧٥ بخصوص مشروعات التأمين التى تخضع لرقابة السلطة الإدارية ، فتخضع للقانون البلجيكى عقود التأمين التى يتم إبرامها فى القانون البلجيكى أو فى الخارج، متى كانت تتعلق بأموال أو أشخاص، أو مسئولية مركزة فى بلجيكا (٣). وأخيراً يعتبر من قوانين التطبيق الضرورى ، النص الذى يقضي بإخضاع البلجيكى لقانونه الوطنى فى شأن الشيكات التى يوقعها في الخارج ، وذلك بمخالفة للقاعدة الاتفاقية المأخوذ بها

(1) Mayer. Lois de police estangères, clunet 1981, P. 284.

(2) Gothot. Le renouvveau de la tendance unilateraliste en dr. int. priv. Rev. crit 1971. P. 209. et. s.

(3) François Rigaux. La métode de conflits de lois. Rev. crit. 1985, P. 10-11.

فى جنيف سنة ١٩٣١ . طبقاً للتحفظ الذى أدخلته بلجيكا بمقتضى المادة ٦٣ من قانون أول مارس سنة ١٩٣١ (١) . وهذه القواعد قد تخضع لمعايير إقليمية، مثل القانون الفرنسى الصادر فى ٣ يونيه سنة ١٨٣٨ . الذى ينطبق علي المجنون العابر لفرنسا. دون أن يعزي ذلك إلى الإقامة. بل لسبب وحيد، هو أن الجنون حدث فى فرنسا (٢).

وعلى هدى ماتقدم. فإن قواعد التطبيق الضرورى على عكس قوانين البوليس التي لاتطبق إلا تطبيقاً إقليمياً.

واختصاص هذه القوانين «احتكارى» أو «إستئثارىّ» ، بحيث تحجب أى اختصاص تشريعىّ لأي قانون آخر. وهى بهذا تستوجب حتماً إختصاص النظام القانونى الذى تنتمى اليه، لأن خاصية التنظيم لاتحتمل تدخل العناصر الأجنبية وبهذا قل بصورة واضحة الالتجاء إلى الاستثناء المستمد من عدم ملاءمة القاعدة الأجنبية مع مبادئ النظام العام.

ومع ذلك ، فإن اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ لم تواجه قوانين البوليس (٣) ، استناداً إلي أن ظهور فكرة قوانين البوليس جاء تالياً لإبرام هذه الإتفاقية الدولية (٤) ، ومن ثم ، لاتستيطع أية دولة متعاقدة الاستناد إلى النظام العام لاستبعاد تسوية النزاع بمعرفة محكمة التحكيم C.I.R.D.I. وذلك أن انضمام الدول المعنية بالنزاع إلى الاتفاقية المشار إليها يفترض معه أن كل نزاع معروض عليها قد اكتسب قابلية للتحكيم. وأنه لايخالف النظام العام ، وفى هذ تنص

---

(1) Deby. Gérard. Le rôle ..., op. cit., P. 59 note 49.

(2) Francescakis. Quelques precisions. Rev. Crit., 1966, P. 4-5.

(٣) وهذا هو الحال أيضاً بالنسبة لأتفاقية جنيف سنة ١٩٦١ .

(٤) إلا إذا تمسكت بحسن نيتها فى خصوص عدم إحترام أى إلتزام معمول به فى إطار القانون الدولى العام.

المادة ٢٦ من الاتفاقية على أن «رضاء أطراف التحكيم فى إطار الإتفاقية يعتبر بمثابة نزول عن ممارسة أى طريق آخر للطعن»..

وفى خارج هذا النطاق، فإن الفعالية الدولية لنظام التحكيم، يتطلب التطبيق الفعلى لقوانين البوليس ذات التطبيق الضرورى.

وهذا هو ماتكفّلت ببيانه معاهدة روما سنة ١٩٨٠. من ضرورة التطبيق الفورىّ للقوانين ذات الطّابع الآمر (م ٢/٧) وكذلك إعمال الآثار التى تترتب على تطبيقها، أو عدم تطبيقها.

إنّ مركز المحكّم فى شأن التنازع بين قانون البوليس مع قانون العقد، يستوي تماماً مع مركز القاضى، الذي يجب عليه أن يبحث قانون البوليس الأجنبى المحتمل التطبيق عند التنازع مع قانون العقد. المطبق عادة بمقتضى قاعدة تنازع القوانين.

والرجوع إلى قوانين البوليس يمكن أن يؤدى إلى الحكم ببطلان العقد (٢) ، ومع ذلك يجوز للمحكم أن يحكم فى شأن نتائج أو آثار تنفيذ عقد باطل ، بأن يأخذ فى اعتباره القواعد التى يكون موضوعها غير مخالف للنظام العام.

وتطبيق قانون البوليس للتشريع المختار ينتج من مضمونه ، وليس من طبيعته.

---

(1) Pommier. J. C. Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel. P. 318-321.

(٢) وبهذا قضت المحكمة العليا بالولايات المتحدة-فى شأن المنازعات التى تنصب على السندات المسعرة فى بورصة الأوراق المالية الأمريكية- ببطلان إتفاقات التحكيم التى تضمنتها مثل هذه العقود، وأوضحت المحكمة فى حكم آخر، أن نطاق الحكم السابق يعنى العقود الداخلية المحضة. دون العقود الدولية. وعلى ذلك يستطيع المحكم أن يطبق قانون البوليس الخاص Security Exchange لسنة ١٩٣٤ .

cité par pommier ..... op. cit., P. 330.

والاعتداد بقوانين البوليس من شأنه أن ينشئ روابط وثيقة مع النظام العام فى وظيفته الايجابية.

وعلى ذلك ، يستطيع المحكّم- بشرط أن يكون العقد دولياً – الفصل فى المنازعات المتعلقة بالقوانين المضادة للاحتكار. وتطبيق هذه القواعد الآمرة.

ويلاحظ أن تعدّد قوانين البوليس التى تنتمي إلى نظام قانونى خلاف قانون العقد يحدّ من نطاق قانون الإرادة المختار بمعرفة الأطراف (١).

ومن الخطأ الاعتقاد، أنه بمقتضى شرط تعاقدىً، يمكن التخلصً من قيود قوانين البلد الذى توجد فيه البضاعة، أو الذى يجب أن تتم فيه المدفوعات.

وقد اعتدت أحكام التحكيم العديدة بقانون بوليس مكان تنفيذ العقد ، وقانون بوليس محل إقامة المدين، وقانون بوليس الدولة

---

(1) Pommier ..., op. cit. P. 330-334

ذلك أن تشريعات البوليس ذات التطبيق الضرورى تمثل قيوداً منيعة على إرادة الأطراف فى العلاقات الخاصة الدولية التى قد ترتبط بعدة دول مختلفة، وإختيار قانون الإرادة مؤداه تطبيق هذا القانون برمته، أى بما ينطوى عليه من قواعد آمرة لايمكن تجنبها أو تفاديها.

هذا، ويتعين تطبيق قواعد البوليس ذات التطبيق الضرورى الأجنبية، التى لاتشكل جزءاً من القانون الواجب التطبيق على العلاقة، متى كانت لهذه القواعد إرادة جدية فى التطبيق وعلى صلة وثيقة بالنزاع.

وقد خلصت بعض الأحكام التى طبقت قوانين البوليس التى لاتشكل جزءاً من النظام القانونى الواجب التطبيق على العلاقة إلى فسخ العقد وإعفاء المدين من تنفيذ التزامه التعاقدى بسبب قيود النقد السارية فى بلد البائع، والتى إعتبرتها بمثابة القوة القاهرة.

(Sentence no. 2216 clunet 1975, P. 917).

الطرف فى عقد الدولة بوصفها تشكل رابطة وثيقة بالعقد "Un lien étroit avec le contrat" وكذلك اعتنقت بعض تشريعات القانون العام، التى تتعلق بتنظيم العملة، والتجارة الخارجية.

وغنى عن البيان ، أن قانون المكان المفترض فيه تنفيذ حكم التحكيم تبدو له أهميته فى هذا الصدد (١).

وفى مصر ، صدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢ تضمن بعض القواعد الآمرة المنظمة لعمليات البنوك، والتى لايمكن مخالفتها.

واستناداً إلى هذا التنظيم، تلتزم جميع البنوك التى تمارس نشاطها في مصر باحترام القواعد المنظمة للتعامل بالنقد الأجنبى والقواعد التى تحدد مبلغ الاعتماد. ومدته وسعر الفائدة وسعر الخصم. وتلك المتعلقة بالمدفوعات الدولية، سواء لحسابها الخاص، أو لحساب عملائها.

ويسري هذا التنظيم، حتى ولو كانت هذه البنوك أجنبية، طالما أنها تمارس نشاطها المصرفى فى مصر (٢).

ولايمكن للبنك الأجنبى الذي يمارس نشاطه فى مصر ، أن يحتج بتطبيق قوانين البوليس الأجنبية، أو أن يستند إليها ، إذ من المقرر أنه إذا كانت قوانين بوليس القاضى من بين القوانين المتزاحمة ،

---

(1) Pommier ..., op. cit., P. 335, 336, et P. 338.

ومن هذا القبيل، قواعد الأستيراد والتصدير. والرقابة على النقد، وحماية المستهلك، وقوانين الضرائب فى مكان التنفيذ، ومخالفة هذه القواعد أو تجاهلها قد تؤدى إلى إستحالة تنفيذ حكم التحكيم، وبالتالى يجرد حكم التحكيم من فاعليته.

(٢) الدكتور عكاشة عبد العال فى قانون العمليات المصرفية الدولية، سنة ١٩٩٣، ص٢٠٥ ومابعدها.

يكون له أولوية التطبيق على سائر قوانين البوليس الأخرى (١).

ويلاحظ أن تطبيق قوانين البوليس يغدو دون جدوى، متى كان الاختصاص الذى يترتب على إعماله لمصلحة قانون القاضى يتطابق مع ذلك الذى ترشد عنه قاعدة التنازع المزدوجة.

أما قواعد القانون الدولىّ المادىّ ، فعندما يؤكد القضاء الفرنسى مشروعية شرط الذهب فى المعاملات الدولية، واستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى، فإنه يستخلص حلاً خاصاً بالعقود الدولية (٢)، ويكفى أن يتحقق عقد دولى، أو تحكيم دولى. أو تسوية دولية لتطبيق قواعد القانون الدولىّ المادىّ. أما قواعد التّطبيق الضرورى ، فهى تنطبق على جميع العلاقات ، أيا كانت طبيعتها دوليّة كانت أم داخلية.

وتشترك قواعد التطبيق الضرورى مع قواعد القانون الدولى المادى فى أن كليهما يؤديان إلى وضع حل موضوعى مباشر للنزاع المطروح.

وإذا كانت قواعد التطبيق الضروى تجد مصدرها الوحيد فى التشريع الداخلى، فليس الأمر كذلك بالنسبة لقواعد القانون الدولى المادى، التى تجد سندها فى مضادر مختلفة . بعضها إما من صنع القضاء الوطنى مثل مشروعية شرط الذهب فى المعاملات الدولية،

---

(1) Mayer. P.Precis de dr. int. priv. P. 102, Chappelle. A. Les fonctions de l'ordre public en dr. int., priv. Paris, 1979, P. 448 no. 415.,

وفى فرنسا تتحقق بعض القواعد الأولية الخاصة بالنظام المالى للزوجين مثل فتح حساب فى البنك دون رضاء موحد تعتبر قوانين تطبيق ضرورى.

Kraquillo, op.cit., no. 340.

وهذه القواعد جزئية التطبيق، بمعنى أنها لاتستبعد قواعد الإسناد إلا فى خصوص الجزئية التى إنطبقت عليها، بخلاف القاعدة المفردة الجانب التى لاتطبق إلا القانون الوطنى وحده على العلاقة برمتها دون أى قانون آخر.

(2) Deby. Gérad. Le rôle de la règle ..., op.cit., P. 89. 103. 112 et s.

ومثل القواعد المتعلقة بالتشريعات الوطنية للتجارة الدولية. كما هو الحال فى التقنين التشيكى المؤرخ ٤ ديسمبر سنة ١٩٦٣ والقانون المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد التجارية والمدنية الذى حوى نصوصاً بخصوص التحكيم الذى يجرى فى مصر، والتحكيم التجارى الدولى. وقد تجد مصدرها فى الإتفاقيات الدولية لتوحيد القانون (١) ، مثل إتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠ ، ١٩٣١ الخاصة بالأوراق التجارية (٢) . وقد تجد مصدرها فى أعراف وعادات التجارة الدولية، نتيجة الجهد الإنشائى لقضاء التحكيم، متى توافر الاعتياد على اتباع هذه القواعد بصورة منتظمة، بحيث يثبت لها طابع الاستقرار (٣).

وإذا كانت قواعد التطبيق الضرورى «أو البوليس» ترفض تدويل الوقائع الممكن حدوثها "Un refus d'internationalisation des faits" . ويتجه نحو حماية النظام القانونى استناداً إلى فكرة تنظيم الدولة، فإن قواعد القانون الدولى المادى تتجه نحو إشباع متطلبات التجارة الدولية، وتهدف إلى إعادة تنظيم هذه العلاقات على نحو يتلاءم مع طبيعتها. بصرف النظر عما إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبى أم قانون القاضى.

ورغم أن كلاً من النموذجين من القواعد، أى قواعد التطبيق الضرورى وقواعد القانون الدولى المادى ، تتلاشى منهما فكرة تنازع القوانين ، فإن M.Rigaux (٤) يرى أن استبعاد قواعد التنازع بمعرفة

---

(1) "C'est le cas des règles matérielles introduite sous effet d'un traité".

Toubiana. Le domaine ..., op. cit., P. 227. note (3)-Bauer. Les traités et les règle de dr. int. priv. materielles. Rev. int. 1966. P. 539.

(٢) ماسبق رقم ٣٢ .

(3) Deby, Gérard. Le rôle ..., op. cit., P. 9, 10 no. 9.

(4) Précis de dr. int. priv. Bruxelles. 1968. P. 104, 105. no. 75.

القانون الدولى المادى ليس إلا في الظاهر فقط، وأن تطبيق القواعد المادية تتطابق Coincide مع النطاق الصريح لمشروعيتها avec leur domaine de validite formel وهى تمثل إسناداً إلى قانون القاضى، وليست استثناء من قواعد التنازع ، وأن أية قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص يتوقف نطاق تطبيقها فى المكان على وساطة قاعدة تنازع القوانين، وعندما يعطى هذا الإسناد الاختصاص آلياً إلى قاعدة القانون الدولى الخاص المادى، فإنه يمكن أن ترى هنا قاعدة تنازع مفردة الجانب ، ومن الناحية العملية قانون بوليس ، بمعنى أن قواعد القانون الدولى الخاص المادى التى أنشأها القضاء تعتبر مظهراً من مظاهر قوانين البوليس أو أيضاً مظهراً لقواعد التنازع المفردة الجانب أو التطبيق الفورى (١).

ويرى Batiffol (٢) ، أن هذا المنطق ليس مقنعاً ، إذ يتجه إلى البحث فى أساس تطبيق هذه القواعد المادية ، تارة فى فكرة قوانين البوليس ، وتارة أخرى فى فكرة النظام العام. الذى يتخذ منه أساساً لهذا التنظيم المباشر، كما أن هذا المنطق يعترف للنظام العام بقيمته كظرف إسناد (٣) Comme un circonstance de rattachement ، حيث يعطى الإسناد دائماً إلى قانون القاضى، وليس بمثابة دفع يحول دون تطبيق القانون الأجنبى. وأنه بوجه عام ، يجب استبعاد أى اتجاه يميل نحو

---

(١) ويؤيد M. Level فكرة Rigaux موضحاً أن الطريقة التى يستعملها القضاء تنتمى إلى طابع التطبيق الضرورى.

Le contrat dit sans loi. Commité de dr. int. priv. 1967. P. 225-226.

(٢) وقد أطلق Valéry على النظام العام بهذا المفهوم النظام العام الإقليمى "L'ordre public territorial" لحماية النظام العام الأجتماى. ويفرض على الكافة بما فيهم الأجانب داخل الحدود. Manuel dr. int. Priv. 1914. P. 576.

وقد إستعاد بهمذا أفكار Pillet, Manchini فقد إعتبر كل منهما القوانين الإقليمية بمثابة قوانين نظام عام.

(3) Batiffol et Lagarde. Traité (5) éd. T. (. 1970. no. 252.

تأسيس الحلول المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية على النظام العام بهذا المفهوم. وأن تشبيه قواعد القانون الدولى المادى بقوانين البوليس تعسفى لأنه يتجاهل بداءة المصدر الذى يستوحى منه هذان النموذجان من القواعد على ماسلف بيانه. كما أن القواعد الأولى، تتجه من حيث الغاية نحو إشباع عادات ومتطلبات التجارة الدولية فى حل واحد، مرضٍ، تتلاشى فيه اختلاف التشريعات (١) "Resorber la diversité de legislations en une salution a satisfaire les dites usages et nacessité du commerce international".

فهى بمثابة مشرّع عالمى يطالب بسلطة مطلقة دون نظر إلى مضمون القانون الواجب التطبيق. أما الأخرى، فهى تتجه نحو النظام القانونى الداخلى. كما أن تطبيق هذه القواعد الأخيرة- قوانين البوليس- لايتم طبقاً لما يراه الفقه فى فرنسا إلا بتحقيق أى إسناد إلى قانون القاضى (٢)، وهو ماتعبر عنه - فى عدم دقة- المادة الثالثة فى فقرتها الأولى من القانون المدنى الفرنسى. وعلى العكس، لايتحقق أية ضرورة مماثلة فى شأن تطبيق قواعد القانون الددولى الخاص المادى التى تستبعد قواعد التنازع لمصلحة حلول متميزة.

ولكن يجب ألا نغفل أن تنازع القوانين المستبعد على هذا النحو، يبقى بوصفه تنازعاً حقيقياً. ويتحقق بمجرد الإلتقاء بأول صعوبة تتعلق بتنفيذ الحكم الذى يتضمن قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص

---

(1) Deby. Gérard. Le rôle ..., op. cit., P. 129. no. 163.

(2) Deby. Gérard. Le rôle ..., op. cit., P. 129. no. 162, 163.

وفى هذا، يتجه جانب من الفقه، إلى أنه لما كان يشترط فى قواعد التطبيق الفورى أن يكون هناك مواطن إرتباط بين العقد وقانون القاضى، فإنه يبدو معه من الأفضل إعتبار التطبيق الفورى بمثابة قاعدة تنازع مفردة الجانب.

Toubiana. Le domaine ..., op. cit., P. 227. no. 257 et note (5).

المادى (١). كما يتحقق المزيد من تنازع القوانين متى ثبت أن قواعد القانون المادى تستمر خاصة بكل بلد دون الحكم مسبقاً على المصادر المستوحي منها هذه القواعد.

---

(1) Deby. Gérard. Le rôle ..., op. cit., P. 129, 130.

المطلب التاسع

التنازع بين قانون البوليس الذى ينتمى إلى نظام وطنى معين وقاعدة غير وطنية مختارة لحكم العقد.

Le conflit entre une loi de police appartenant a un ordre juridique étatique et une norme extra-national

٤٧- هذا التّنازع لايثور أمام القاضى الوطنى لدولة معينة، ولكنه يتحقق أمام المحكم.

إن النظام القانونى لـ Lex Mercatoria ، لايشكل نظام سلطة عليا لإحدى النظم القانونية. ولهذا ، فإنه على الرغم من أن المحكّم هو المحّرك الأول للنظام المشار إليه، فإنّه يجب أن يفرض النظام القانونّى الوطنىّ لدولة معيّنة فى مصالحه الأساسيّة متى كانت قوانين البوليس المتعلّقة بها هى الواجبة التطبيق.

وبالنسبة للتّنازع بين القانون الدولّى العام، أو المبادئ العامة للقانون الدّولّى المختار بمعرفة الأطراف وقانون البوليس فإنه يؤخذ فى الاعتبار فكرة الصّدارة التى يكشف عنها النظام القانونى الدولى بالنسبة للنظم القانونية الوطينة ، وعلى الأخص أن بعض نصوصه تشكل نظاماً عاماً دولياً (١).

---

(1) Pommier ..., op. cit., P. 341, 342 no. 333.

وما سبق رقم ٣٨، وحكم المحكمة العليا النمساوية السابقة الإشارة إليه.

الفصل الأول
إتفاق التحكيم

تمهيد :

٤٧ م «اتفاق التحكيم، وهو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التّحكيم، جميع أو بعض المنازعات المحدّدة التى نشأت أو تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة ، تعاقدية كانت، أو غير تعاقدية» .

(م ١/٧ من القانون النموذجي للتحكم التجارى الدولى). وتقابلها

المادة (١٠) من قانون التحكيم الجديد ولا تفرق اتفاقية نيويورك كذلك بين ما إذا كان النزاع الذى اتفق الأطراف على التحكيم فى شأنه متعلقا بعلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية ومن أمثلة العلاقة غير التعاقدية دعوى المنافسة غير المشروعة التى تتأسس على فكرة الخطأ التقصيرى.

ونبادر إلى بيان أن اتفاق التّحكيم يعتبر دوليا طالما كانت العلاقة محل النزاع تعتبر دولية. بمعنى أن دوليّة العلاقة محل النزاع هى التى تضفى الطابع الدوليّ على اتّفاق التّحكيم ، سواء أدرج شرط التحكيم فى العقد الأصلى clause compromissoire ، أو اتّخذ شكل اتّفاق مستقلّ compromis .

ولما كان الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه لايتأتّى إلا بالاعتراف باتفاق التحكيم (١) وإقرار كل ماحوله هذا الاتفاق من ضوابط شكلية

(١) «وأن مايصدر خارج الحاكم بغير هذا الاتفاق. يتجرد من المقومات الأساسية للأحكام، ولأى خصم أن يدفع بعدم وجوده. دون حاجة للإدعاء بالتزوير. أو إقامة=

وموضوعية. إذ يؤثر اتفاق التحكيم من حيث صحته وبطلانه ومدى تجاوز نطاقه ومدى قابلية موضوعه للتحكيم، عند الفصل فى النزاع، أو عند تنفيذ الحكم الصادر فيه.

كما يؤثر هذا الاتفاق الصحيح فى النزول عن الحصانة القضائية للدولة الطرف فى النزاع. ومن ثم كان لزاما التصدى لاتفاق التحكيم من حيث اثر التمسك به فى التنازل عن الحصانة القضائية للدولة التى تقبل الخضوع الاختيارى لقضاء التحكيم، وفى امكان تنفيذ الحكم الصادر ضدها فى هذا الخصوص ، ثم نعرض لضرورة كتابة شرط التحكيم ، ثم للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ونطاقه وسلطه ابرام اتفاق التحكيم. وتبين صحة اتفاق التحكيم ونطاقه فى القانون المصرى وتفسيره والفصل فى وجوده وصحته وأثره، وحوالة شرط التحكيم ، ومبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلى، وما يترتب على ذلك من آثار، وآثر بطلان أحد شروط اتفاق التحكيم على الاتفاق ذاته.

اتفاق التحكيم وأثره فى النزول عن الحصانة القضائية :

٤٨- يستمد شرط التحكيم قوته من تراضى اطرافه.

ولما كان هذا الشرط يعتبر استثناء بموجبه يتم استبعاد النزاع كله ، أو بعضه ، من ولاية القضاء العادى. فإن إدراج شرط التحكيم فى العقد المبرم بين الدولة وأى طرف آخر، ويعتبر بمثابة نزول

= دعوى مبتدأة لإهداره».

(مجموعة أحكام النقض الدائرة المدنية فى ١٩٨٦/٢/٦ السنة (٣٧) قاعدة ٤٢ ص ١٧٨) «ذلك أن مشارطة التحكيم لاتعدو أن تكون إتفاقاً بين الخصوم على طرح النزاع على محكمين ليفصلوا فيه بدلاً من طرحه على القضاء» (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٨٦ مجموعة أحكام النقض س ٣٧ قاعدة ١٨٩ ص ٩٢٦).

ضمنى مقدماً عن تمسك الدولة بسيادتها أو حصانتها امام هيئة التحكيم. والدولة إذ تفعل ذلك ، فإنها تضع نفسها على قدم المساواة مع الطرف الآخر، ولايجوز لها من بعد الدفع بالحصانة أو السيادة أمام هيئة التحكيم (١).

ونرى أن تدخل الدولة فى خصومة تحكيم قائمة يعتبر نزولا ضمنيا من جانبها عن امتياز الحصانة القضائية وعلى الأخص متى تطرقت إلى موضوع النّزاع ، ولكن مجرد عدم مثول الدولة أمام قضاء التحكيم- رغم إعلانها لا يعتبر نزولا عن حصانتها.

وكانت تحرص بعض اتفاقات التحكيم - التى تعرض على المركز الدّولى لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى المتعاقدة فى ضوء معاهدة واشنطن - على النّصّ صراحة على تنازل الدّولة الطّرف فى العلاقة عن الاحتجاج بالحصانة بهدف تجريد هذه المنازعات من الطّابع السّيادى.

وفى الواقع لاحاجة إلى وضع مثل هذا الشرط «لأن التراضي بتحكيم المركز فى حد ذاته يؤدى إلى نزول تلقائى عن التّمسك بالحصانة بمجرد صيرورة حكم المركز نهائيا. وهذه النتيجة تتمشى مع أهداف الاتفاقية والرضاء بالتحكيم فى ظّل المركز » ، كما ان الدفع بالحصانة يستهدف أساسا القول بأن القضاء لايمكنه أن يقضى فى أمور ينبغى ترك البّت فيها للسلطة التنفيذية للدولة. وهذا المنطق لامحلّ له فى حالة تنفيذ حكم المركز، ذلك أن الهدف الأساسى للاتفاقية، فضّ منازعات الاستثمار بعيداً عن جو السياسة » وأن

---

(١) الدكتور سعد علام فى منازعات التحكيم البترولية مذكرات مؤتمر القاهرة سنة ١٩٨٩ ص ٨٢

الدّولة يمكنها أن تدفع بالحصانة لحماية الملكية أو الأموال المخصصة لخدمة عامة. ولكن هذا الهدف يكون منتفيا عندما تكون الملكية أو الأموال مخصّصة لأغراض تجارية » (١).

وهذا الاتجاه اعتنقته محكمة النقض الفرنسية - الدائرة المدنية- فى حكمها الصادر فى ١٨ نوفمبر ١٩٨٦ (٢) إذ قضت بأن الدولة الأجنبية التى تخضع لقضاء التحكيم بموجب شرط التحكيم فى العقد، تكون قد قبلت بمقتضى الشرط ذاته وضع الصيغة التنفيذية على الحكم.

ومؤدى هذا الحكم من ناحية أخري، أن إدراج شرط التحكيم فى العقد المبرم بين الدولة وطرف آخر، يعد أيضا بمثابة نزول ضمنى (٣) عن التمسك بحصانتها ضد اجراءات التنفيذ، ويعتبر قبولا منها لأن يكون حكم المحكمين مشمولاً بالأمر بالتنفيذ (٤).

(١) دكتور جلال محمدين: التحكيم تحت مظلة المركز الدولى لفض منازعات الأستثمار-ندوة المركز الدولى للتحكيم التجارى بالأسكندرية ١٩٩١، ص.٩٨

(2) Cass. civ. 18 Nov 1981 clunt 1986, PP. 121 et s.

Par la lause compromissoire d'un contrat un Etat étrangèr qui s est soumis a la juridiction des arbitres a, par la mem, accepté que leur sentence puisse etre revetue de l'exquatur

(٣) وقد ذهبت الأتفاقية الأوربية لحصانة الدول الأجنبية لسنة ١٩٧٢ إن الدولة التى تقبل الخضوع للتحكيم فى شأن نزاع قائم أو محتمل، لايمكنها التمسك بالدفع بالحصانة أمام المحاكم العامة فيما يتعلق النزاع المنظور أمام هيئة التحكيم، مالم يتضمن إتفاق التحكيم نصاً مخالفاً . وتنص المادة (١٢) من الأتفاقية المذكورة أن الدوله التى قبلت اللجوء إلى التحكيم صراحة بمقتضى إتفاق مكتوب فى المنازعات المدنية والتجارية، تكون قد إرتضت أيضاً قضاء الدولة التى يتم تنفيذ الحكم فيها ويعتبر من قبيل التنازل عن الحصانة تخصيص الدولة أموالاً تملكها على إقليم الدولة الأجنبية لضمان دائنيها

(الدكتور عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن الحصانة القضائية ضد التنفيذ فى القانون الدولى الخاص المقارن لسنة ١٩٩١ ص ١٤٠ رفع ١٠٠)

(٤) وفى رأى محكمة النقض الفرنسية، أن السبيل الممكن لتفادى النزول عن الحصانة، سواء أمام التحكيم أو ضد إجراءات التنفيذ، هو أن تحتفظ الدولة صراحة بحصانتها، عن طريق إدراج شرط فى لعقد

Jean Michel, Jacques · L Eat operateur . op. cit.. P 687.

٤٩- والرأى مستقر فى الفقه الفرنسى (١) ، أنه إذا كان يبين من طبيعة العلاقة موضوع النزاع - محل إجراءات التحكيم- ومن الظروف المحيطة بها، أنها تعتبر من قبيل المنازعات الخاصة ذات الطابع التجارى أو الاقتصادى ، وأن الدولة التى لاتعمل فى إطار العلاقة بوصفها سلطة عامة ، تتجرد من الحصانة ضد إجراءات التنفيذ. ذلك أن نظام الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين لايتحقق له فعاليته إلا بضمان تنفيذ الحكم ،ومجرد الاتفاق على عرض المنازعة على التحكيم ، لايقطع بأنها متعلقة بالنشاط التجارى أو الاقتصادى وهذا المعيار مأخوذ به فى القانون الانجليزى الصادر فى ٢ يوليه ١٩٧٨ (٢).

كما اعتّد به القضاء الفرنسى فى العديد من أحكامه. وتطبيقا لهذا المعيار استبعدت محكمة باريس (٣) فى حكمها - الصادر فى دعوى Societe Eurodif-Et Sofidif C/ Etat Iranien، الحصانة القضائية موضحة أن دولة إيران قد أسهمت عن طريق وكالتها الحكومية فى شركة من شركات القانون الخاص، وأن العقود المبرمة فى إطار الخطة التجارية والمالية هى من طبيعة تجارية

Sont de nature commerciale

ويصدق هذا الاتجاه إذا كانت إجراءات التنفيذ يتم إتخاذها على الأموال المملوكة لشخص معنوىّ تابع للدولة، أو مستقل عنها، طالما كانت هذه الأموال مخصّصة لنشاط تجارىّ خاص (٤) .

---

(1) Bourel . : Aspets récnts de l immunite d'exeution des Etats et service public etrangers, Trav. Comite Fr, de Droit, 1983, 1984, PP. 133, 196 et les déscions ites.

(2) Articles 2,3 Rev. Crit. 1980. P. 165.

(3) Cité par BOUREL, op. cit.

(4) Cass. Civ. ler. Oct. 1985, Rev. Crit. 1986, Note Audi.

فأعمال الدولة التى تدخل فى أنشطة القانون الخاص لا تقع فى منطقة الحصانة، فقد تم هجر نظرية الحصانة المطلقة للدول.

ونضيف إلى ماتقدّم، ما اتجه إليه بعض الفقه (١) من أن الدولة لاتتمتع بالحصانة القضائية، إلا فى مواجهة قضاء دولة أخرى تتكافأ معها فى السيادة ، ولما كان التحكيم لايعد قضاء تابعاً لسيادة دولة معينة، ومن ثُم ، فإن التمسّك بالدفع بالحصانة الذى يستند إلى السيادة- لايجد محله أصلاً أمام هيئة التحكيم ، سواء أكان تحكيما خاصاً Ad-Hoc ، أم تحكيما تابعا لمراكز دائمة.

"Institutionnel"

قد ذهب بعض الفقه (٢) إلى أنه إذا كان الطابع المختلط المعترف به لعقد الامتياز من حيث أنه يحتوى فى نفس الوقت على عناصر السلطة العامة "élèments d'autorité" وعناصر تعاقدية "élèments contractuels" فلا شك ان ادخال العناصر الاجنبية فى العقد يؤدى إلى استقرار الطابع التعاقدى للامتيار.

ويمكن تفسير ذلك، بأنه لاوجود لفكرة السيادة إلا داخل إقليم الدولة على رعاياها. أما خارج الاقليم فان للسيادة مفهوما أخر ، فهى تعنى المساواه القانونية بين الدولة والمتعاقد الاخر.

ضرورة كتابة اتفاق التحكيم :

٥- اتّجه القانون النموذجى للتحكيم التجاريّ الدوليّ إلى توحيد شكل اتفاق التحكيم. فأوجب الكتابة كشرط لانعقاد الاتفاق.

---

(1) FOUCHARD; L arbitrage Commercial internationl, No 126 En ce sens: BOUREL; Arbitrage international et immunité des Etats étrangers, Rev. Arv. 1982. P. 204.

(2) Obs. Y. D. sur la sentence rendue dans l affaire 1526, Clunet 1674. P. 921.

وهو ماردته المواد ٣٢ من قانون التحكيم الأنجليزى الصادر لسنة ١٩٥٠ ، والمادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات المدنية الفرنسى الجديد (١) بالمادة ١٦٧٧ من القانون البجيكى الصادر سنة ١٩٧٢ كما تطلبته أيضا اتفاقية نيويورك (مادة ٢/١) ونصّ المعاهدة يقرر فى هذا الحصوص قاعدة مادية ، وليست قاعدة تنازع.

ولتسهيل ظروف التجارة الدولية، وتحرّرها من القيود ، لم تحدد هذه النصوص شكلاً كتابياً معيناً. فاكتفت بورود هذا الاتفاق فى صورة مراسلات أو برقيات Echange de lettre ou tellegrammes بين الطرفين ، أو غيرها من وسائل الاتصال السلكى أو اللاسلكى، طالما كانت قاطعة فى الدلالة على ارادة اللجوء إلى التحكيم من جانب الطرفين (٢).

ويؤكد الفقه الفرنسى (٣) أن توقيع الأطراف ليس متطلبا فى هذه الأحوال "La signature des parties n'est pas exigée"

وهذه النصوص تسرى على اتفاق التحكيم وشرط التحكيم على السواء، فإذا اتفق الأطراف على اتفاق التحكيم دون كتابه تطبيقاً لقانون وطنى معين، عندئذ لاتكون الدول المنضمة لاتفاقية نيويورك ملزمة بهذا الاتفاق بمعنى أن الكتابة دائما هى للإفادة من الاعتراف به فى إطار معاهدة نيويورك.

وهذه القاعدة الموحدة فى معاهدة نيويورك ، لاتتغير طبقا لقوانين الدول الموقعة على المعاهدة. وهى تمثل حداً أقصى ، بمعنى أنه لايجوز

---

(1) Goldman. J. C. L dr. international Fasc 584-no-27-28

(2) Goldman. J. C. L. op-cit no 44

(3) Goldman J. C L op-cit-P 8.9 no-28

الاستناد إلى قانون داخلى أكثر شدة، وهى تمثل حد أدنى ، بمعنى انه لايجوز الاعتداد باتفاق التحكيم الشفوى (١).

ومع ذلك، فإن أحكام اتفاقية نيويورك ، لاتخل - طبقا للمادة السابعة منها - بصحة الاتفاقيات الجماعية أو الثنائية التى أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم أو تنفيذها، كما أنها فى الوقت ذاته لاتخل بحق أى صاحب شأن فى التمسك بقرار التحكيم بالكيفية وفى الحدود التى يسمح بها التشريع القائم، أو المعاهدة القائمة فى الدول المطلوب منها الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه.

ولكن لايشترط فى الكتابة أن تكون فى محرر رسمى ، بل يكفى الشكل العرفى. ومع ذلك فإن الاتفاق على التحكيم كتابة لايطهر الاتفاق ذاته من كافة العيوب الأخرى التى قد تشوبه وتؤدى إلى بطلانه ، عندئذ ، تعتبر الكتابة كأن لم تكن.

وعلى أية حال ، فإن الكتابة بالمفهوم السابق تعد ركناً شكلياً لوجود اتفاق التحكيم ، أى لانعقاده ،وهذا يسمح باعتبار اتفاق التحكيم الشفوى صحيحاً بالقدر الذى لايمكن المطالبة بموضوعة بمقتضى معاهدة نيويورك.

واتفاق التحكيم قد يتمّ بمناسبة منازعة حالة "Litige né. Présent" أو مستقبلة "Litige a naitre Futur" بهدف إستبعاد النزاع كله أو بعضه من ولاية القضاء الوطنى لأى من الطرفين.

(1) Goldman. J. C. L. op-cit- P-12 no-45.

وفى نطاق نص المادة ١٤٤٣ من قانون المرافعات الفرنسى، فإن بطلان شرط التحكيم بسبب تخلف طابعه المكتوب لايتعلق بالنظام العام. فيجوز أن يكون محلاً لاتفاق مغاير.

والالتجاء إلى التحكيم فى منازعات التجارة الدولية ، غالباً مايكون تنفيذاً لأحد شروط العقد، وهى مسألة شائعة فى العقود الدّولية النموذجية.

وقد يتضمن اتفاق التحكيم الإجراءات الواجب اتّباعها فى مراحل النزاع وفى المواد المدنية ، حكم فى فرنسا بأن شرط التحكيم المحكوم بقانون أجنبى ، لايكون صحيحا، إلا إذا كان مدرجا فى عقد دولى (١).

وتنص المادة السابعة من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (٢). بأنه إذا لم يوجد لأول وهلة، إتفاق تحكيم بين الأطراف أو كان بينهما إتفاق لايشير إلى غرفة التجارة الدولية ، ولم يقم المدعى عليه بالرد خلال مهلة الثلاثين يوما التى تبدأ فى السريان من إليوم الذى تعتبر فيه إجراء التبليغ قد تم ، أو رفض تحكيم غرفة التجارة الدولية، أبلغ المدعى أن هذا التحكيم متعذر.

٥١- وصحة اتفاق التحكيم يعتبر شرطاً لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وهو ماتطلبته كل من معاهدتى نيويورك، وجامعة الدول العربية ، ويجب الرجوع إلى قواعد الإسناد المنصوص عليها فى المعاهدتين المشار إليهما، للتحقّق من مدى سلامة وصحة اتفاق التحكيم.

وقد يكون اتفاق التحكيم باطلاً ، لتعلّقه بحقوق مما لايجوز التصرف فيها أو كان موضوعة يصطدم بالنظام العام فى العلاقات الدولية (٣) لحق البطلان حكم التحكيم الصادر بناء على هذا الاتفاق

---

(1) Cité Par Goldman. dr. int. Fasc. 526-2. P. 10. no

(٢) النظام الجديد للمصالحة ونظام التحكيم المعدل والسارى إعتباراً من أول يناير سنة ١٩٨٨ لغرفة التجارة الدولية ص ١٩ .

(٣) وكذلك فىّ العلاقات الداخلية. كما إذا كان الباعث الدافع إلى إبرام إتفاق=

الباطل، وامتنع بالتالى تنفيذ الحكم المذكور.

وتقضى المادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد بأنه إذا كان شرط التحكيم باطلاً. فإنه يعتبر كأن لم يكن. ولايؤثر ذلك فى بقاء العقد الأصلى صحيحاً. ويسترد القضاء العادى ولايته فى النزاع الذى يثور بشأن هذا العقد بدلا من التحكيم.

وهناك أتفاقات تنظم نوعا من التعاون مبرمة بين بعض مراكز التحكيم ١) ومن هذا القبيل الاتفاق المبرم بين الجميعة الايطالية للتحكيم مع غرفة التجارة الصناعية فى روسيا سنة ١٩٧٤ . وهذه الاتفاقات المزودوجة تتضمن توصية بوضع شرط تحكيم مختلط "mixte" لمواطنى كل من المركزين المتعاقدين فى علاقات هؤلاء المواطنين المتبادلة يسمح بتحديد مكان التحكيم ، والمحكمين ، واختيار المنظمة المختصة، ونظام التحكيم المطبق.

وفى نطاق القانون البحرى، يحتوى شرط التحكيم غالبا على تحفظ يلزم المجهز والربان بقبول أمين السفينة المعين أو المحدد من مستأجرى السفينة (الشاحنين) وهو مايطلق عليه "la clause d'adresse" ويجوز أن تشتمل المشارطة أيضاً على شرط من مستأجرى السفينة يمنع المجهز من اللجوء إلى بعض الأشخاص عند تعيين أمين السفينة ، وهذا الشرط صحيح، حتى دون إبداء أسباب(٢).

وتشترط المادة ١/٢١ من اتفاقية هامبورج وجوب أن يكون اتفاق

= التحكيم غير مشروع. ومن هذا القبيل إذا أبرم شخص إتفاق تحكيم مع سيده لعلاقة غير مشروعه بينهما أو للفصل فى نزاع يرتبط بالدعارة أو لعب القمار.

(1) Fouchard. L arbitrage commercial internaional no 372 ets.

(2) Claude Barby les agents terrestre de la navigation maritime 1947 P. 31-32.

الأطراف على التحكيم ثانيا بالكتابة.

وفى نطاق التأمين ، تقضى مشارطات التحكيم الحديثة، التى تتضمنها وثائق التأمين أن تكون محكومة بمقتضى نصوص القانون القضائى (١) (٢).

وفي نطاق منازعات الصرف فالقاعدة التي يمكن بمقتضاها أن تكون منازعات الصرف محلاً لتحكيم ، معترف بها عالمياً فإذا ورد شرط التحكيم في الكمبيالة ذاتها، وهو ما لايوثر علي صحتها، فإنه يتعين تفسيره علي نحو ضيِّق، وفي هذا الفرض، فإن المدين بالالتزام الصرفي، أيا كان ، لا يمكن تكليفه بالحضور أمام القضاء .

وأن شرط التحكيم المدرج في العقد الاساسي بين الساحب والمسحوب عليه لا يؤثر بحسب الأصل في تحصيل الالتزام الصرفي لأن الشرط لا يمكن الاحتجاج به علي المستفيد الغير حامل السند وهو عملاً البنك الذي قام بخصم الكمبيالة.(٣)

وقد يتم اتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم، وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيا وقد يتم اتفاق التحكيم بالإحالة إلى مستند أو عقد معين.

اتفاق الاطراف على مشارطة التحكيم امام المحكم :

٥٢- اتجه القضاء الفرنسى (٤) إلى جواز اتفاق الأطراف على

---

(1) Claessens. H. l'arbitrage en marière d'ássurances. rev, arb, 1978 P. 33

(٢) وقد نصت المادة ٧٥٠ من القانون المدنى على أن يقع باطلاً ماير فى وثيقة التأمين من الشروط الآتية :-

٣- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة إلا فى صورة إتفاق منفصل لمن الشروط العامة.

(3) La Jurisprudence Récente de la cour Féderale allemande Par. Schlosser . Rev arb . 1995 n. 4 P 666 et. 667

(4) Cass 12 Mai 1980. Rev. arb P. 281 not Fouchard.

مشارطة التحكيم ، وتحديد محل النزاع ، وولاية المحكمين ، أمام هيئة التحكيم . بمعنى أن اتفاق التحكيم يمكن أن يتم بتاريخ لاحق على قيام خصومة التحكيم.

وأجازت المادة السابعة من القانون النموذجي للأمم المتحدة فكرة «اتفاق التحكيم الحكمى». فقد يتم شرط التحكيم فى صورة تبادل المطالبة والدفاع، التى يدعى فيها أحد الطرفين وجود اتفاق. ولاينكره الطرف الآخر أو يتعرض عليه.

إتفاق التحكيم الضمنى:

٥٣- أكد القضاء اتفاق التحكيم الضمنى :

واستناداً إلى ذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية فى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٦١ (١) أن قبول عقد بيع تجارى دن اعتراض من البائع على الشرط المتفق عليه عن قيام النزاع الناشئ عن تنفيذه يوجب على الأطراف آن يخضعوا للتحكيم المتضمن قبولاً لشرط التحكيم المذكور، ويلتزم البائع باتباعه.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية (٢) فى حكمها الصادر فى ٨ يولية سنة ١٩٨١ أن محكمة الاستئناف إذ قررت أن اتفاق التحكيم قد نشأ صحيحاً ، نتيجة رفع خصومه التحكيم التى تم تكملتها- فى تاريخ لاحق- بمرافعة الدفاع فى مواجهة الآخر، يكون حكمها مبرراً من الناحية القانونية.

وقد صرحت المادة ١٠٢١ من قانون المرافعات المدينة الهولندى بجواز انعقاد اتفاق التحكيم بصورة ضمنية.

(1) Rev arb. 1962. P. 12.
(2) Rev arb. 1938. P. 209

اتفاق التحكيم مختلف عن سائر العقود الملزمة للجانبين :-

ولما كانت مشارطة التحكيم هى مجرد اتفاق بين طرفى الخصومة يختلف تماماً عن سائر العقود الأخرى الملزمة للجانبين . ذلك أن هذه المشارطة لاترتب على عاتق كل من الطرفين سوى التزام واحد ، هو الالتجاء إلى التحكيم ، ومن ثم فلا يرد عليها الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ ، أسوة بسائر العقود الأخرى ولكن يجوز الدفع ببطلان مشارطة التحكيم عندما تنطوى على مسألة مما لايجوز التحكيم فيها أو متى اتضح عدم مشروعية محل الالتزام.

وعقد التحكيم متى قام به سبب من أسباب البطلان، لايمكن أن يتحول إلى عقد آخر ملزم للمتعاقدين، لأن الطرفين لم يقبلا بموجب عقد التحكيم سوى الالتزام بالحكم الذى يصدره المحكم ، فإذا لم يصدر هذا الحكم تحللا من مشارطة التحكيم (١)

اتفاق التحكيم بالإحالة :

٥٤- أكد القضاء الفرنسي فى أحكامه السابقة على المرسوم الصادر فى ١٢مايو سنة ١٩٨٠، صحة اتفاق التحكيم صراحة المبرم بالإحالة إلى عقد نموذجى"Contrat-type" ، أو إلى العادات والشروط العامة للبيع.

وهذا ماخلصت إليه كذلك أحكام القضاء الفرنسى الحدية (٢).

وقد أجازت محكمة النقض المصرية فى ٥ مارس سنة ١٩٧٥ (٣)، تضمين سندات الشحن إحالة إلى شرط التحكيم الوارد فى مشارطة

١- نقض مدنى ١٩٦٨/١١/٢٨ س ١٩ ع (٣) ص ١٤٢١ .

(2) Goldman. J. C. L. - dr international. Fasc. 186-4. procédure civile. Fasc 1069. P. 7 no 26.27.

ومايلى رقم (٧١).

(٣) مجموعة المكتب الفنى ص س ١٨ ص ٥٣٥ .

الايجار ، موضحة أن هذه الأحالة تجعل شرط التحكيم ضمن سند الشحن رغم عدم توقيعه على سند الشحن، وعدم تعاقده على نقل البضاعة، إذ يعتبر المرسل إليه طرفا ذا شأن فى عقد النقل.

وتستبعد المادة الثانية من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ امكانية شرط التحكيم بالإحالة وهذا هو الحال بالنسبة للقانون اللبنانى.

القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم :

٥٥- لم تعرض قواعد القانون النموذجى لبيان متى يكون اتفاق التحكيم الذى يتسم بالطابع الدولي قد توافرت فيه شروط صحته من الناحية الموضوعية لانعدام الرضا أو لعيب فيه (١) كما أنها لم تبين النظام القانونى الذى يحكم هذه الشروط.

لهذا يتعين الرجوع إلى معاهدة نيويورك (مادة ١/٥ بند «١») التى تصدّت لهذه المسألة ، فحددته بقاعدة أصلية. وهو قانون الإرادة ، أي القانون الذي تخضع له سائر العقود ذات الطابع الدولى، وقاعدة احتياطية لايتم اللجوء إليها الا عند تخلف الاختيار، وهى قانون مكان صدور حكم التحكيم.

ويخضع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة وكذلك يخضع لهذا القانون اجراء اتفاق الأطراف (٢) ولايشترط فى إختيار القانون أن يكون على صلة بإتفاق التحكيم ، لأن القيد على الاختيار يجب اسقاطه في مجال التجارة الدولية حيث أن هناك عقوداً نموذجية تتضمن شروطاً عامة

---

(٢) إذا تعلق الأمر بعيب من عيوب الرضا فإن القانون الشخصى يستبعد لمصلحة قانون العقد ذلك أن الرضا يتضمن العنصر الأساسى لتكوين العقد، كما هو معمول به فى بلد تكوين العقد وهو الذى يحكم طبيعة الرضا وما يتطلبه من كمال (مايلى رقم ٦٠).

(2) "la Conyention d'arbitrage reléve de la loi d'autonomie et la procedure de la convention des parties" art. v. 1 (a) Fouchard. J. C. dr-international Fasc-585-1-Procedure Fasc 1050 no 79. P. 17.

تنص على تطبيق قانون معين على اتفاق التحكيم. برغم أن هذا القانون منبت الصلة تماماً باتفاق التحكيم ولاعلاقة له بهذا الاتفاق. على عكس ماهو مقرر بالنسبة للعقود الاخرى من اشتراط ارتباطها بالقانون المختار وفقاً للاتجاه الموضوعى الغالب.

وقد يكون هذا القانون وطنياً ، مثل قانون جنسية أحد الطرفين أو قانون مقر التحكيم أو قانون مكان إبرام العقد الأصلى، أو قد يكون وارداً فى معاهدة دولية وتفيد معاهدة نيويورك أنها اعتدت بالإرادة الصريحة وعن تخلّف الاطّراف عن الاختيار يرجع إلى قانون مكان صدور الحكم.

ولما كان الهدف هو توحيد قواعد الإسناد، فيبدو أن واضعى الاتفاقية استبعدوا تماما فكرة الارادة الضمنية. فالإرادة فى نظرهم إما أن توجد أو لاتوجد. وإن فكرة الإرادة الضمنية– فى رأيهم – مجرد وهم أو خيال. وهي تؤدى إلى اختلاف الحلول وتضاربها فى المسألة الواحدة بين الدول المنضمة، والتى قد تنتهى تارة إلى تطبيق قانون مكان الابرام، وتارة أخرى إلى تطبيق قانون مكان التنفيذ، وتارة ثالثة إلى تطبيق قانون جنسية الأطراف، مما يؤدى إلى اضطراب النتائج، لأن الأطراف لم يكن لهم فى الواقع رأى فى المسألة فلا يمكن أن يستخلص لهم بشأنها نية. وعلى ذلك، فإنه من المشكوك فيه أن نصوص اتفاقية نيويورك تقنع بالاختيار الضمني (١).

أما قاعدة الإسناد الاحتياطية "a titre subsidiaire" وهى قانون مكان صدور حكم التحكيم عند تخلف قانون الإرادة ، فيمكن أن تجد أساسها فى أن قانون هذا المكان هو الذى يتحدد على ضوئه ما اذا كان حكم التحكيم الصادر بناء على اتفاق التحكيم قد أصبح نهائياً أم لا،

(1) VAN DEN BERG; the new york arbitration Convention of 1958, no. 293.

وبيان ما إذا كانت السلطة المختصة في مكان التحكيم قد أوقفته أو ألغته ، مما يكون له أثره على اتفاق التحكيم وبالتالي على تنفيذ الحكم.

والمقصود هو قانون الدولة التى يجب أن يصدر منها حكم التحكيم، وليس قانون الدولة التى صدر فيها الحكم La pays ou la sentence doit etre rendue non celui ou ell a étè rendue

وهذا هو المفهوم ، طالما أن الأمر يتعلق بحالة المحكمة التي كان مطروحا عليها الدفع بعدم الاختصاص استناداً إلى قيام اتفاق التحكيم أمامها، وهو ما يكون متحققا قبل صدور حكم التحكيم (١).

٥٦- ولايجوز الرجوع فى شأن صحة اتفاق التحكيم إلى قانون البلد الذى تقام فيه الاجراءات، علي نحو ماذهبت إليه محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٩٨٣/٦/١٧ ، مستندة فى ذلك إلى نص المادة (٢٢) من القانون المدنى. بل يجب أن يكون الرجوع فى شأن صحة اتفاق التحكيم إلى قاعدة الاسناد المنصوص عليها فى المعاهدة، التى تعتبر جزءا لايتجزأ من القانون الأخير، تتغلب قاعدة الاسناد الواردة فى الاتفاقية على القواعد الواردة فى القانون المصرى، حتى لو كانت تخالف هذه القواعد الوطنية.

ولايجوز للمحكم عند تخلف الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أن يطبق قانونا آخر غير قانون مكان التحكيم. وإلا تعرض حكمه لعد م التنفيذ.

وبداهة ، يشترط لاخضاع اتفاق التحكيم لقاعدة الإسناد الواردة فى المعاهدة، أن يتحقق فى التحكيم وصف «الاجنبية» بالمفهوم السابق بيانه (٢)، فإذا انتفي عن الحكم هذا الوصف، يتعين عندئذ

---

(1) GOLDMAN. J. cl. de droit international. Fasc. 1054. P. 16 no-65.

(٢) ماسبق رقم ٢٣ .

إخضاع اتفاق التحكيم الذى يتّسم بهذا الوصف لنصوص القانون الوطنى الذى تحكم شروط صحته وآثاره .

وقد طبقت محكمة النقض المصرية فى أحكامها على اتفاق التحكيم قانون البلد الذى اتفق على اجراء التحكيم فيه، فقضت فى ١٣ يونية ١٩٨٣ (١) :

«لما كان الثابت أن شرط التحكيم المدرج فى سند الشحن قد نصّ على أن يحال أى نزاع ينشأ عن هذا السند إلى ثلاثة محكمين فى مارسيليا وكان المشرع قد أقر الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج ، ولم ير فى ذلك مايمس النظام العام، فإنه يرجع فى شأن تقدير صحة شرط التحكيم وترتيب آثاره إلى قواعد القانون الفرنسى باعتباره قانون البلد الذى اتفق على اجراء التحكيم فيه طبقاً لما تقضى به المادة (٢٢) من القانون المدنى، بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام. كما قضت فى ٩ فبراير ١٩٨١ (٢) انه: «لما كان شرط التحكيم قد نص على ان يسوى النزاع فى لندن طبقا لقواعد التحكيم الانجليزى لسنة ١٩٥٠ ، وكان المشرع أقر الاتفاق على إجراء التحكيم فى الخارج ولم يرفى ذلك مايمّس النظام العام، فإنه يرجع فى تقدير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلى قواعد القانون الانجليزى ، باعتباره قانون البلد الذى اتفق على إجراء التحكيم فيه، وبشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام.

وقد اعتبر هذان الحكمان أن شرط التحكيم من قبيل الاجراءات(٣)، التى تحكمها المادة (٢٢) من القانون المدنى. وهو مايتفق مع جانب من

(١) نقض مدنى يونية ١٩٨٣، مجموعة الكتب الفنى، ص ٣٤ ع (٢)، ص ١٤١٧ رقم ٢٧٩ .

(٢) نقض مدنى ٩ فبراير ١٩٨١، مجموعة الكتب الفنى، ص ٣٢ع (١) ص ٤٤٥ رقم ٨٧ .

(3) Une question de Procédure.

الفقه الفرنسى (١). ومع ذلك نرى أن اتفاق التحكيم يدخل فى مسائل العقود، ويطبق فى شأنه قانون الإرادة المنصوص عليه فى المادة (١٩) من القانون المدنى. ذلك ان الاتفاق على التحكيم يعتبر سابقاً على الخصومة او اجراءاتها ويعتبر بمثابة عقد منشئ لالتزامات اسوة بأى عقد آخر.

doit être considerée comme un contrat créateur d'obligtions à l'égal de tout aure contrat وهذا الحل اعتنقه القضاء الفرنسى (٢).

ومع ذلك نرى أنه إذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون مكان التحكيم أو قانون مكان التنفيذ، فإنه يطبق بوصفه قانون الارادة.

ويلاحظ أن نص المادة ٥ فقرة ١ «أ» لا يورد سوى شرطاً للاعتراف وتنفيذ حكم المحكم.

ومع ذلك ، فقد أتجه جانب من الفقه (٣) ، إلى قابلية معاهدة نيويورك للتطبيق حينما يتم الإشارة إليها خارج أى إجراء يتعلق بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم.

وهو ما اقرته محكمة استئناف باريس (٤) - فى شأن المواد المتعلقة بالاعتراف وشكل اتفاق التحكيم- استناداً إلى عمومية هذه النصوص.

---

(1) J. Robort et B. Moreau; L arbitrage en droit interne et droit internatonal, Dalloz, P. 230 No 269.

(2) Goldman J.I. de dr international Fasc 58-1-Procédure civile Fasc. 1054. P. 12 no 41.

(3) Goldman J.I. de dr international Fasc. 586-1-Procédure civile Fasc. 154. P.15-no-58.

(٤) عكس ذلك حكم محكمة إستئناف باريس فى ٢١ فبراير سنة ١٩٨٠ حيث يقضى بأن الأمر يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراء التحكيم. وإن نصوص معاهدة نيويورك المؤدية إلى تسهيل الأعتراف وتنفيذ حكم التحكيم. لاتجد محلاً للتطبيق عندما تكون المطالبة أمام القضاء لاتتجه نحو تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى تحكيم دولى. (راجع مايلى رقم ٥٩).

نطاق القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم (١) :

٥٧- يجب التمييز بين موضوع التراضى - الذى يشترط لوجود اتفاق التحكيم - وموضوع الاتفاق.

فالعيوب التى تشوب التراضى ونطاقه تفسيره تكون محكومة بالقانون الذى يحكم اتفاق التحكيم.

أما موضوع الاتفاق أو محله ، فهو يثير مسألتين أساسيتين:- أولاهما القابلية الشخصية "subjective" للتحكيم التى تتعلق باهلية الدول أو الدولة التى تخضع للمجموعات العامة والأشخاص المعنوية للقانون العام فى الالتجاء إلى التحكيم. وهذه يحكمها سواء القانون الشخصي للدولة الطرف فى الاتفاق أو الدولة التى تخضع للمجموعات العامة أو الشخص المعنوى فى القانون العام، وسواء لقانون العقد الأصلى الممتد إلى اتفاق التحكيم. مع مراعاة أن أهلية الدولة والاشخاص المعنوية فى القانون العام -فى القانون الفرنسى - تعتبر قاعدة قانون دولى مادى. ثانيهما: - القابلية الموضوعية "objective" التى تتعلق بموضوع النزاع، فإنها تتحدد طبقا للقانون المطبق على اتفاق التحكيم للمسألة المتنازع عليها، إذا كانت تخرج عن نطاق قانون العقد.

وبالنسبة للسبب المشروع، فهو ضرورى ولازم لتكوين اتفاق التحكيم اسوة بأى عقد آخر ، ومسألة مدى تحقق هذا العنصر تدخل فى إطار فكرة القابلية الموضوعية للتحكيم.

ويستبعد اختصاص القانون المطبق على التحكيم فى شأن أهلية أو

---

(1) Goldman J.I. de dr international Fasc. 58-1-Procédure civile Fasc. 1054. no 85.86.87.88.90.90.91.P.20.

سلطة الشخص الذى أبرمه. فالأولي تخضع للقانون الشخصى للمتعاقد ، والثانية يحكمها قانون «منظمة التحكيم» أو العقد النابع منه هذه السلطة.

وبالنسبة للآثار والحوالة والانقضاء ، فهذه يحكمها القانون الذي يخضع له الاتفاق، ولكن بالنسبة للآثار المتعلقة بالاختصاص القاصر لقضاء الدولة- فى مواجهة المنازعات التى اتفق الاطراف على احالتها للتحكيم، فإن قانون القاضى يحتفظ بالنسبة لها بنطاق التطبيق.

ولا شك أن ولاية قاعدة الاسناد المذكورة ، تمتد لتحكم تفسير اتفاق التحكيم ، فتبين حدوده ، ومدى اعقاد الاختصاص للقضاء الوطني بالمسائل التحفظية والوقتية .

٥٨- ومن ناحية شكل اتفاق التحكيم فى اطار المبادئ العامة ، فإنه يخضع لقاعدة الشكل ، بحيث يكون اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الشكل متى ابرم فى الشكل الذى يتطلبه القانون المحلى ، أى قانون مكان الإبرام، أو القانون الذى يحكم الموضوع، او قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين. ولايمكن إجراء اختيار خارج هذا النطاق، حتى ولو كان يهدف إلى جعل العقد صحيحاً.

وهذه القوانين الأربعة تنزل منزلة سواء . ذلك أن إلزام المتعاقدين بوجوب اتباع الشكل المحلى (١) يتنافى مع التيسير الذى تهدف القاعدة إلى تحقيقه، خاصة عندما يكون محل إبرام اتفاق التحكيم مكانا عارضا يتعذر عليهم العلم بأحكام قانونه.

(١) قد ذهبت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٧ مايو سنة ١٩٧٣: «إن الشكلية المعتبرة ركنا فى إنعقاد التصرف- دون تلك المفضية إلى إثباته- تخضع لقانون الموضوع».=

تطبيق قواعد مادية مباشرة علي إتفاق التحكيم :

٥٩- تم التّوسّع فى اتفاقية نيويورك طبقاً لنصوص المادة الثانية منها، وذلك بتطبيق قواعد مادية مباشرة على اتفاقات التحكيم، بصرف النظر عن الإجراء الاحتمإلى المتعلق بالاعتراف، أو تنفيذ حكم التحكيم فى تاريخ لاحق، دون أية فائدة من التحديد المكانى الذى قد يترتب على تركيز هذه لاتفاقات أو التحكيم المترتب عليها (١).

هذا وقد أكدت محكمة التحكيم لدى غرفة التّجارة الدّولية فى الدعوى رقم ٤١٣١ لسنة ١٩٨٢ (٢). أن اتفاق التحكيم يمكن أن يخضع للعادات التى تتمشى مع حاجات التجارة الدولية.

وقد فصلت العديد من هيئات التحكيم فى وجود وصحة اتفاق التحكيم دون الاستناد إلى قانون وطنى ، ولكن إلى مبادئ القانون، وعادات التجارة الدولية (٣).

وأشارت هيئة التحكيم الكائنة فى "Zuich" (١) إلى الفقه

= (مجموعة المكتب الفنى. الدائرة المدنية، س ٢٤ص٧٧٢). وهذا هو ما إتجه إليه المشرع المصرى فى المذكرة الأيضاحية للقانون المدنى (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ(١) ص ٢٩٦ وما بعدها).

على أن الفقه الراجح يرفض هذا الرأى، ويرون أن الأخذ به يتنافى مع إعتبرات التيسير على المتعاملين التى تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الأبرام.

فإذا كان القانون الذى يحكم الموضوع يستلزم الكتابة كركن لانعقاد التصرف القانونى، وكان قانون الأبرام لايستلزمها، فإن منطق الرأى المخالف يقتضى التقيد بالكتابة، مما يخل بحكم مؤدى الرأى المخالف تعطيل قاعدة الأسناد الخاصة بالشكل.

(الدكتور هشام صادق تنازع القوانين الطبعة الثالثة ص ٢٨٧،٢٨٦).

(1) Fouchard. J. cl. dr dr. int. Fasc. 585.2 au procedure civile. Pasce. 105-2-P.5 no 135.

(2) Clunet 1983- P 899.

(3) J. C. I. de dr. int Fasc- 586- 1 ou Procedure civile Fasc- 1045. P. 19 nò. 81

والقضاء السويسرى فى مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الذى يجب الفصل فيه طبقاً لمبادئ قانون لمرافعات السويسرى.

وقد استند الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية لسنة ١٩٨٤ (٢) فى شأن صحة اتفاق التحكيم ووجوده، إلى نظام غرفة التجارة الدولية الذى كان الأطراف قد أشاروا إليه.

وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية فى ٣ يونية ١٩٩٧ ، ٧ أبريل ١٩٩٨ (٣) فى مسألة التحكيم الدولى بأن شرط التحكيم بالاحالة فى مستند تم اشتراطه فيه، يكون صحيحاً . متي كان الطرف الذى يحتج به عليه على علم بمضمونه وقت ابرامه بما يستخلص منه أنه قبل الأحالة.

وهذان الحكمان يتعلقان بالشكل المكتوب لاتفاق التحكيم فى المسائل الدولية. فقد أكدا استبعاد منهج التنازع فى مسألة اتفاق التحكيم، واوضحا المضمون للقاعدة المادية الفرنسية «حكم Dalico» دون الرجوع المسبق لأختصاص النظام القانونى الفرنسى، وقد قررت محكمة النقض أن الإحالة المشار إليها يتم تقديرها طبقاً للارداة المشتركة للأطراف . دون ضرورة اسناد المسألة إلى قانون دولة معينة إذ لم يتم استبعاد منهج التنازع الذى تم «هجره» فحسب ، بل أيضاً استبعاد كل اتجّاه يميل نحو قوانين الدول التى تحكم شروط التحكيم، هذا فضلا عن الإرادة المشتركة لاتكفى فى حد ذاتها فى إطار نظرية مستقلة مع التّحفّظ بالنسبة للقوانين الآمرة فى التشريع الفرنسى

(1) Clunet. 1988. P. 1198.
(2)Clunet. 1986 P. 1103.
(3) Rev. crit. 1999. P. 93 et s.

والنظام العام الدولى (١).

وهذه القاعدة تطبّق بوصفها قانون القاضى ويبرر M.M. Fouchard Gaillard, et Goldman أن الأمر متعلق بتقدير ما إذا كان الحكم الصادر فى موضوع اتفاق التحكيم محل الخصومة مهيئاً لاستقباله فى النظام القانونى الفرنسى، ومن ثم يكون صحيحاً تقدير صحة هذا الإتفاق بالنسبة للافكار المأخوذه بها فى القانون الفرنسى في تلك المسألة الدولية.

وإذا كانت هذه الصحة مؤكدة ، فإنها لاتبرر السبب الذى من أجله اتجه الأمر إلى ضرورة تفضيل أفكار القاضى عن مفاهيم دولة أجنبية ترتبط بالتحكيم بروابط وثيقة.

القانون الواجب التطبيق على عيوب التراضى فى اتفاق التحكيم:

٦٠- من المستقر عليه أن عيب التراضى. يخضع لقانون العقد (٢)، كما يخضع لنفس القانون السبب غير المشروع ، وجزاء عدم المشروعية (٣).

ويمكن القول بأن الأحكام الفرنسية التى صدرت فى شأن عيوب الإرادة «الغش والخطأ» "la dol ou l´erreur" لاتستند إلى أفكار خاصة بقانون معين، وعلى الأخص القانون الفرنسى، ولكنها لجأت صراحة فى هذا الصدد إلى عادات واعراف التجارة الدولية.

وإن اتفاق التحكيم المشوب بمثل عيب الخطأ، يجب اعتباره مخالفاً

---

(1) Rev. crit. op cit., P. 94 et .

باستثناء Loquin الذى رأ أن المحاكم الفرنسية تطبق Lex Mercatoria

(2) Rev. crit.op cit.

(3) Goldman. J.Cl-de dr- international - Fasc - 585-2. ou procedure civile 1056. P-6 no - 3.

للنظام العام بمفهومه الدولى ، أو على الأقل يعد بمثابة قاعدة مادية للتحكيم الدولى (١).

ونضيف فى هذا الخصوص. أن بروتكول جنيف سنة ١٩٢٣ ، ومعاهدة جنيف سنة ١٩٢٧ ، ومعاهدة نيويورك سنة ١٩٥٨ ، واتفاقية جنيف سنة ١٩٦١ ، لاتحتوى على قواعد مادية خاصة بالتراضى المتعلق باتفاق التحكيم، وذلك دون المساس بالقواعد المادية المتعلقة بشكل اتفاق التحكيم (٢).

٦١- ومن المقرر أن الأهلية. وسلطة الالتجاء إلى التحكيم تخرج عن نطاق القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم ، مع التحفظ بالنسبة لمدى قدرة الاشخاص المعنوية للقانون العام فى الالتجاء إلى التحكيم(٣).

أهلية إبرام اتفاق التحكيم :

٦٢- لما كان اتفاق التحكيم لايتضمن عادة أية إشارة إلى القانون الذى يحكم الأهلية، ولهذا يجب الاعتراف بأنه يشير فى هذه المسألة إلى القانون الدولى الخاص لكل من الأطراف المتعاقدة ، سواء أكان هو القانون الوطنى "la loi national" أم كان قانون الموطن "la loi du domicile".

ويلاحظ أن أهلية الشركات والأشخاص المعنوية فى القانون الخاص يحكمها القانون الوطنى "loi national" ، وإذا أردنا أن نتفادى هذا

(1) Repértoire de-dr- int priv par Francescakis T (1) no- 117.

(2) Goldman-op cit P 7-no 27.

(3) Goldman-op cit P 7-no 47.

(3) Répertoire de droit international privé publiée sous la direction de M. Francescakis. T. (1) no-86.

التعبير الذى قد يكون منتقدا من الناحية النظرية، فإنه يمكن من الناحية العملية إسناد هذه الأهلية إلى قانون البلد الذى تكونت فيه تلك الشركات (النظرية الفرنسية)، ويكون لها مركز رئيسى حقيقى فى هذا البلد، وعندئذ ، فإن هذا القانون هو الذى يقرر ما إذا كان للشخص المعنوى أو للشركة أهلية الالتجاء إلى التحكيم.

وفى بلاد أخرى ، مثل بريطانيا وهولندا ، تخضع أهلية الشركة للقانون الذى نشأت فى ظله، وتمت فيه الإجراءات أو الشكليات حتى لو لم يكن لها مركز رئيسى فيه.

وتوجب نصوص معاهدة نيويورك خضوع الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الذى يدخل فى نطاق تطبيقها فى شأن أهلية الشركات أو الأشخاص المعنوية الأطراف فى التحكيم، والأشخاص الطبيعية طبقا لنصوص القانون المحدد بمعرفة القانون الدولى الخاص لقاضى التنفيذ، إذ تنص المادة (5-1-a) إنه يتعين رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا أثبت الطرف الذى يحتج عليه بالحكم أنه كان عديم الأهلية وفقا للقانون المطبق عليه (١).

سلطة إبرام اتفاق التحكيم :

٦٣- لايكون اتفاق التحكيم مبرما صحيحاً بمعرفة شخص معين، متى تعلّق بأموال أو حقوق تخصه، أو لكونه صاحب حقوق جزئية ، ولكنه لايملك التصرف فيها، وفى بعض الأحوال تكون هذه السلطات محددة بالادارة أما لا، وعلى سبيل المثال ، فى القانون الفرنسى، الزوجان أو الزوجة فى إطار النظام المالى المشترك ، أو التاجر الذى يخضع لاجراءات التصفية الجماعية "l'equidAtion. collective" أو

(1) Repértoire op cit no 68-79.89.

فى شأن أموال لايملكها ، وهذا هو الحال بالنسبة للممثلين القانونيين لناقصى الأهلية أو بالنسبة لسنديك تصفية الأموال.

وفى القانون الفرنسى ، يجب البحث - كما هو الحال بالنسبة للأهلية - عن القانون المحدد لتعريف سلطات الشخص الذى يبرم اتفاق التحكيم، ويحدد القاضى الفرنسى هذا القانون بالإحالة إلى قاعدة الاسناد الفرنسية.

إن مبدأ وجود ونطاق سلطة التعهد بشأن الأموال أو الحقوق المتعلقة بالشخص الذى يبرم التعاقد (ولكن طبقا لاوضاع يمكن أن تقيد من هذه السلطة) أو بالنسبة للأموال التى لاتخصه، تكون محكومة بالقانون المنظم، أو العمل القانونى الذى يمنحها ، أو يرفضها، أو يحد من تلك السلطة، وعلى ذلك ، فإن سلطات الزوجين بشأن أموال الأسرة تكون محكومة بالنظام المالى المشترك ، وسلطات الممثل القانونى لناقص الأهلية يحكمها القانون الذى يحمى ناقص الأهلية ، وبالنسبة لالتزام السنديك بشأن الاستمرار فى عقد مبرم قبل اللجوء إلى القضاء لتنفيذ شرط التحكيم الذى يتضمنه.

إن تحديد القانون الواجب التطبيق يمثل أهمية عملية فيما يتعلق بسلطات الوكالة الاتفاقية حيث يكون ضروريا بيان ما اذا كانت صحة اتفاق التحكيم المبرم بمعرفة وكيل يخضع أو لا يخضع لوكاله خاصة. ولمعرفة مدى هذه الخصوصية. وهل هى وكالة الالتجاء إلى التحكيم بوجه عام. أم وكالة ابرام شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم أو الاثنين معا، وهل هى وكالة لنزاع محدد أم لكل نزاع يخص الموكل (١).

---

(1) Goldman. I C. I de dr international Fasc. 286-2 procedure civile.
Fasc 1056-no-82,84.58. P. 17.

تحديد موضوع اتفاق التحكيم ونطاقه :

٦٤- إن تحديد موضوع النزاع فى مشارطة التحكيم ، أو فى شرط التحكيم ، يعتبر شرطا لصحة الشرط أو المشارطة.

ويجب أن يتم هذا التحديد فى عبارات واضحة، فلا يكفى لتحديد الموضوع أن يثبت فى مشارطة التحكيم أو في شرط التحكيم ، أنه يتعلق بتنفيذ أو تصفية أو تفسير جميع المنازعات المتعلقة بالأطراف ، لأن الأمر يتطلب تحديداً قد لايطابق النية المشتركة الحقيقية للأطراف (١) ، لكن يكفي تقرير أن موضوع النزاع يتعلق بحسم المنازعات التى تنشأ بمناسبة دعوى معينة أو عقد معين.

واذا اتفق على التحكيم قبل نشوء النزاع ، فإنه يكفي تحديد موضوعه أثناء المرافعة (٢).

ولايجوز تحديد النزاع فى خطاب يوجه إلى أحد الاطراف يتضمن دعوته أمام هيئة التحكيم (٣).

وإذا تعددت الاطراف وكان النزاع على التحكيم مما لايقبل التجزئة ، سواء بحسب طبيعته أو بحكم القانون، أو بالإتفاق ، فلا يكون التحكيم صحيحاً إلا إذا تم الإتفاق بينهم جميعا.

أما إذا تعددت الأطراف وكانت المنازعات بينهم قابلة للتجزئة ، فيجوز لبعض الاطراف الاتفاق على التحكيم بشأن بعض هذه المنازعات وللأطراف الآخرين رفع بعض هذه المنازعات أمام القضاء العادى، ويمتنع على من اتفق على التحكيم أن يعاود إلى طرح

(1) en ce sens. J. C. I dr. international. Fasc. 586 3. 3 no-3

(٢) الدكتور أحمد شرف الدين. دراسة فى منازعات العقود الدولية ص ٨٢ .

(3) Paris 15. Fev. 1973-re. arb. 1973. P. 25.

خصومته أمام القضاء العادى بحجة الارتباط بالمنازعة أمام القضاء ، مادام قد أقامها على من كان طرفا معه فى اتفاق التحكيم(١).

٦٥- ومن حيث نطاق اتفاق التحكيم، فإنه يجب على المحكم أن يمتنع عن الفصل فى أي مسألة لاتدخل فى اتفاق التحكيم، ألا يتجاوز المسائل (٢) التى لاتدخل فى نطاق الاتفاق (٣). إذ يتعين أن يقف على حدود اختصاصه فلا يقضى بما لم يطلبه الخصم، والا كان حكمه باطلاً.

ومع ذلك، إذا كان من الميسور عزل ماقضى به حكم التحكيم فى المسائل التى تدخل فى الاتفاق، عن تلك التى تخرج عن نطاقه، جاز الامر بتنفيذ المسائل الاولى وحدها.

وهناك مسائل لاتدخل فى اتفاق التحكيم، وانما تعتبر من مقتضياته ، فإنه يتعين على المحكم الفصل فيها. فإذا كان المعروض على هيئة التحكيم تنفيذ عقد فليس ثمة مايمنع من النظر فى مسألة بطلانه، لأن التنفيذ لايتأتى إلا إذا كان العقد صحيحاً. ولأن صحة العقد هو الوجه المقابل لبطلانه، ولهذا فإن مسألة بطلان العقد تعتبر مطروحة على التحكيم بطريق اللزوم والاقتضاء.

ولايملك المحكم سوى سلطة الفصل فى النزاع المتفق عليه. فلا

---

(١) الدكتور أحمد أبو الوفا فى التحكيم الأختيارى والأجبارى، الطبعة الثالثة ١٩٧٨، ص ١١٢ .

(٢) وقد حكمت إستئناف باريس فى ٢١ أبريل ١٩٩١ أنه يجب التفرقة بين تجاوز المحكم لحدود مهمته الموضحة فى إتفاق التحكيم بمعرفة الأطراف، وهذه تنفتح بها دعوى البطلان المنصوص عليها فى المادة ١٥٠٢ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد، وبين مسخ المحكم للمستندات، وهذه تخضع للطريقة التى مارس المحكم بها سلطته فى الحكم فى النزاع، وأن الأمرين لايتماثلان.

Rev. Arb. 1991, P. 667.

(٣) ويجوز الدفع بعدم إختصاص هيئة التحكيم. إستناداً إلى أن شرط التحكيم قاصر على مسائل معينة فى العقد لاينصرف إلى ماهو معروض على الهيئة.

يتعرض لنزاع آخر (١) ولو كان مرتبطا بالنزاع المطروح إلا بموافقة الاطراف أنفسهم. إذ لا يصدق على التحكيم «أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع» (٢).

التدخل :-

٦٦- كما يمتنع على المحكم الفصل فى النزاع المتفق عليه بين الخصوم على غير أطرافه.

ولايجوز له إدخال خصم ثالث فى الخصومة، ولاقبول تدخل أى شخص إلا بقبول أطراف التحكيم أنفسهم فى ذات الوقت.

وتطبيقا للأثر النسبى لشرط التحكيم، وعدم جواز الاحتجاج على غير أطرافه ، قضت محكمة النقض الفرنسية (٣) فى ١٥ نوفمبر ١٩٧٨ ، «أن محكمة الاستئناف كانت على حق إذ قررت بشأن شرط التحكيم الذى يخول الاختصاص لغرفة التحكيم والمدرج فى اتفاق مبرم بين شركة واحد أعضائها، لايمكن الاحتجاج به فى نزاع بين العضو وشريك آخر فى الشركة الأولى ، لأن هذا الشريك الاخير لم

---

(١) ويقضى قانون التحكيم الجديد بأن الدفع بعدم شمول إتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع يجب التمسك به فوراً. وإلا سقط الحق فيه (م/ ٢٢ / ٢).

(٢) قضت محكمة النقض المصرية فى ٣ يناير سنة ١٩٥٢ بأن التحكيم طريق إستثنائى لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضى العادية. فهو يكون مقصوراً حتماً على ماتنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، ولا يصح تبعاً إطلاق القول فى خصوصه بأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أبطل حكم التحكيم ببطلان عقد الشركة لعدم مشروعية الغرض منها وذلك بناء على أن مشارطة التحكيم لم تكن لتجيز ذلك لأنها تقصر ولاية المحكمين على بحث المنازعات الخاصة بتنفيذ عقد الشركة، فضلاً عما إعترض به أمام هيئة التحكيم من أنها ممنوعة من النظر فى الكيان القانونى لعقد الشركة فهذا الحكم لايكون قد خالف القانون فى شئ (مجموعة القواعد القانونية - الجزء الأول ص ٢٩٧ رقم ٧).

(3) Cass com. 15 Nov. 1978. Rev Arb. 1980. P. 69 et s.

يكن طرفا فى الاتفاق ».

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الغير الذى يتدخل فى تنفيذ العقد المبرم بشأنه شرط تحكيم بين الحكومة الفرنسية والحكومة التونسية ، يعتبر من جانبة بمثابة تصديق على هذا، العقد ويكون بالتالى ملزما بمقتضى هذا الشرط ، وحتى ولم يوقع على العقد الذى ورد به الشرط (١).

ويسرى اتفاق التحكيم على الورثة والخلف الخاص.

ويعتبر تدخل الضامن (٢) أمام التحكيم للدفاع عن الدين المضمون فى الخصومة بينه وبين الدائن قبولا أو رضاء منه بالتحكيم.

٦٧- ويجب أن يشمل شرط التحكيم كل ماورد فيه. من ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية فى ١٩٦٥/٦/١٧ (٣) من أن شرط التحكيم المطبق على النزاع «جاء عاما شاملاً لجميع المنازعات الناشئة

---

(1) Cass Civ 21 Juin. 1991, Rev. 1991, P. 453 et s. Note Mayer.

وقضت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٥٧٢١ لسنة ١٩٩٠، أنها لاتملك سلطة الحكم إلا فى مواجهة الأطراف دون الحكم على البنك الضامن الذى لايعتبر طرفاً فى الأجراءات. ذلك أن العقد المبرم بين البنك الضامن والمستفيد، يستقل تماماً عن العقد الأصلى. ومع ذلك، ولأن ضمان البنك يجد أساسه فى العقد الأصلى، فإن المحكمين يظلون مختصين فى العلاقات المرتبطة بين العميل الأمر والمستفيد، مما ينتج عنه أن ضمان البنك يرتبط بصحة، ونطاق، وفسخ العقد الأصلى.

Clunet, 1990, P. 1020.

كما حكمت محكمة النقض الفرنسية فى أول مايو سنة ١٩٨٨ بأن حكم التحكيم إذا قضى بإلزام الضامن بأن يدفع لهذه الشركة - التى لم تكن ممثلة فى الخصومة - مبلغاً معيناً، لايمكن النعى عليه بأنه خالف المادة (١٤) من قانون الأجراءات المدنية الجديد، أو خالف قاعدة «لايجوز لأحد أن يتداعى بوكيل عنه» ولكنه لايشكل إلا إجباراً على تنفيذ إلتزام الضمان الذى يقع على عاتق الضامن بمقتضى الأتفاق.

Rev-crit- 1989 P. 52 note Goutal.

(٣) مجموعة المكتب الفنى - الدائرة المدنية، السنة (١٦) من ٧٨٧ .

عن تنفيذ عقد النقل البحرى ، وكانت عملية التفريغ تعتبر على مايستفاد من نص المادتين ٩٠ و ٩١ من قانون التجارة البحرى جزءا متمما لعملية النقل تكون معها كلا يسري عليه احكام عقد النقل البحرى- وكان الطاعن يطالب بمقابل كسب الوقت الناتج عن إسراعه فى التفريغ، وهو يمثل جزءا من الاجر، يقتطع منه نظير المنفعة التى عادت على السفينه من تفريغها فى مدة تقل عن المدة المحددة أصلاً. لما كان ذلك، وكانت مشارطة ايجار السفينة تضمنت نصا صريحا لتنظيم عملية التفريغ ومواعيدها ، ومقابل التأخير ومقابل السرعة ، وكان هذا النص من بين نصوص مشارطة الإيجار التى شملته الإحالة الواردة فى سند الشحن، فان المطالبة المتفرغة عن التفريغ طبقا لهذا النص، تكون من المنازعات التى ينصرف إليها شرط التحكيم.

الفصل فى وجود شرط التحكيم وصحته :

٦٨- يتأجل تطبيق شروط التحكيم فى الداخل أو في الخارج، إذا اعترض تطبيقه مؤقتا عائق مما تتوافر له شروط القوة القاهرة. فقد حكمت محكمة النقض المصرية فى ١٧ يونيه ١٩٦٥ (١)، ان قيام القوة القاهرة لايكون من شأنه إهدار شرط التحكيم المتفق عليه، وإنما كل مايترتب عليه هو وقف سريان الميعاد المحدد لعرض النزاع على التحكيم ان كان له ميعاد.

ومع ذلك إذا تعذر تنفيذ شرط التحكيم على نحو مطلق، ترتب على ذلك إهداره ووجوب عرض النزاع على الجهة المختصة (٢).

---

(١) نقض مدنى ١٧ يونية ١٩٦٥، مجموعة المكتب الفنى، ع (١٦) ، ص ٧٧٨ .

(٢) «قضاء محكمة الاستئناف بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم رغم تمسك الطاعنة أمامها، أن القانون الأنجليزى يحول دون عرض النزاع على التحكيم فى لندن، وتقديمها ترجمة الحكم صادر من مجلس اللوردات يتضمن هذا المبدأ، فإن=

وبهذا حكمت محكمة النقض المصرية فى ١٤ أبريل ١٩٧٠ (١) و ٥ مارس ١٩٧٥ (٢) أنه لما كان الطاعن يدعى أنه قد استحال عليه عرض النزاع على التحكيم، لأن شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار يوجب اختيار المحكمين من رجال التجارة المقيمين فى لندن ، وأن ذلك يفيد أن للمحكمين بصفتهم هذه اعتبار لدى المحتكمين، ولأن قضاء مجلس اللوردات الانجليزى قد استقر على أن الإحالة العامة بسند الشحن إلى مشارطة الايجار ليس من شأنها أن تجعل شرط التحكيم الوارد بالمشارطة مندمجا فى سند الشحن، فإنه يترتب على هذا الذى يقول به الطاعن-إذا صح- ان يزول التحكيم ، ويصبح كأن لم يكن ويكون للطاعن المطالبة بحقه، وحتى لايحرم من عرض منازعته على أية جهة- للفصل فيها- أن يلجأ إلى المحاكم لعرض النزاع عليها من جديد، لأنها صاحبة الولاية العامة بالفصل فى جميع المنازعات إلا ما إستثنى منها بنص خاص.

وطبقاً للمادة ٢/١٦ من القانون النموذجى للتحكيم الدولى، أن هيئة التحكيم هى صاحبة القول الفصل فى اختصاصها، ويدخل فى ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق عليه (٣).

وتفصل هيئة التحكيم فى اختصاصها على ضوء القانون الواجب

= إغفال الحكم الصادر على النزاع الجوهرى يعتبر قصوراً (نقض مدنى ١٩٧٥/٤/٣٠ س٤٦ ص ٩٠٤ رقم ١٧٤) وإذا قضت محكمة الإستئناف بإلغاء الحكم المستأنف القاضى بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، فإنه يجب على محكمة الأستئناف أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى التى لم تستنفيذ ولايتها فى الموضوع.

(١) نقض مدنى ١٤ أبريل ١٩٧٠، مجموع المكتب الفنى، ع (٢١) ، ص ٥٩٨ .

(٢) نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٧٥، مجموعة المكتب الفنى، ع (٢٦) ، ص ٥٣٥ .

(3) "le tribunal arbitral aurait le pouvoir de statuer sur a propre compétence, meme l'orsque l'existence-et non seulement la validité de la clause compromissoire serait contéstée.

التطبيق وهى تتصدّى لتقرير مدى وجود أو صحة اتفاق التحكيم بوصفه مسألة أولية يجب البت فيها قبل الفصل فى الموضوع، ولها فى سبيل ذلك سلطة تفسير اتفاق التحكيم وفقا لما انصرفت إليه النية. والارادة المشتركة للطرفين.

وهذا مانصت عليه المادة ٣/٨ من لائحة غرفة التجارة الدولية. وبداهة يتم الفصل فى صحة شرط التحكيم فى ضوء القانون الذى يحكمه، أى الواجب التطبيق عليه.

٦٩- وقد يطعن أحد الأطراف بتزوير توقيعه على اتفاق التحكيم، أو بإضافة بيانات أخرى إلى هذا الاتفاق بعد التوقيع عليه، وذلك على خلاف الحقيقة، فى هذه الحالة، لاتملك هيئة التحكيم الفصل فى صحة إتفاق التحكيم، إذ تعتبر هذه من المسائل الأولية التى تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم، وتعين اللجوء فى شأنها إلى المحكمة المختصة، وهنا يبرز دور القضاء الوطنى فى أحد مظاهره الخاصة فى معاونة التحكيم الدولى (١).

٧٠- وأجازت المادة ٣/١٦ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى لهيئة التحكيم أن تصدر حكما تمهيديا قبل الفصل فى الموضوع برفض الدفع بعدم الاختصاص. أى باختصاصها، كما يجوز لها ضم الدفع للموضوع، وتفصل فيه مع الحكم الموضوعى.

وأجاز النص عند إصدار الهيئة حكم تمهيدى- قبل الفصل فى الموضوع برفض الدفع بعدم الاختصاص، وباختصاصها، الطعن فيه بمعرفة الخصم الذى أبدى الدفع أمام المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوما

---

(١) مايلى رقم ١١٩ .

من تاريخ اعلانه بالحكم برفع الدفع.

ويلاحظ أن النص الخاص باستمرار الهيئة فى نظر الموضوع، وإصدارها الحكم فيه معيب، فما هو الحل فيما لو قضت المحكمة بإلغاء الحكم برفض الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم، مما مؤداه اعتبار هيئة التحكيم غير مختصة، وكان الحكم قد صدر من هيئة التحكيم فى الموضوع؟ الا يعتبر هذا الحكم عديم الأثر لصدوره من جهة لا ولاية لها.

٧١- وقد أجازت محكمة النقض المصرية تضمين سندات الشحن إحالة إلى شرط التحكيم الوارد فى مشارطة الايجار، موضحة أن هذه الإحالة تجعل شرط التحكم ضمن سند الشحن، ويلتزم به المرسل إليه، باعتباره فى حكم الأصيل، رغم عدم توقيعه على سند الشحن ، وعدم تعاقده على نقل البضاعة. إذ يعتبر المرسل إليه طرفا ذا شأن فى عقد النقل، فيتكافأ مع مركز الشاحن، ومن ثم يلتزم بشرط التحكيم الواردة فيه، كما يستطيع أن يطالب بتنفيذه (١).

ومفاد هذه الاحالة أن المرسل إليه لايستطيع أن يرفع دعواه مباشرة إلى المحاكم قبل الالتجاء إلى التحكيم (٢). وهذا هو مايطلق عليه شرط التحكيم بالاحالة (٣).

وقد أقرت محكمة استئناف باريس فى ٢٨ نوفمبر ١٩٨٩ مبدأ امتداد شرط التحكيم الذى تضمنه اتفاق المساعدة الغذائية المبرم بين

---

(١) نقض مدنى مصرى فى ٢٦ يونية سنة ١٩٧٨ مجموعة المكتب الفنى س ٢٩ ص ١٠٤٨

(٢) نقض مدنى ١٤ أبريل ١٩٧٠. ذات المجموعة، س ٢١ ص٥٩٨

(3) La Clause arbitrale par reference : Kassedjian, Note sous : Civ. 26 Juin 1990.

حكومتى فرنسا وتونس إلى الشركة الفرنسية للملاحة، فتلك المشكلة الأخيرة قدتم تحديدها بمعرفة المركز التونسى للقمح، لتنفيذ الاتفاق، بوصفها ناقلة (١).

وقد قضت محكمة استئناف باريس فى ٢٠ يناير ١٩٨٨ بأنه «يكون صحيحاً شرط التحكيم الناشئ عن شرط تعاقدى يحيل إلى اتفاق تحكيم لعقد اخر لم تكن الشركة المستأنفة طرفا فيه» (٢).

وغالباً مايكون مثل هذا الاشتراط فى مجموعة من العقود المختلفة بحيث يسمح بتوحيد شروط التحكيم فى هذه العقود، باخضاع المنازعات الناشئة عنها إلى نفس نظام التحكيم بهدف توحيد الاجراءات (٣).

وقد استقر القضاء الانجليزى على أنه كى يدمج شرط التحكيم الدولى بالمشارطة فى سند الشحن، فإنه يلزم لذلك أن يذكر السند بالمشارطة أو يتفق فى السند صراحة على إدماج شرط التحكيم الوارد به يالمشارطة بعبارة واضحة، وبشكل لايثير لبسا، وأن ينص في المشارطة ذاتها على أن الشرط ينطبق على المنازعات مع المستأجر حامل سند الشحن (٤).

٧٢- فإذا ثبت للمحكم ان اتفاق التحكيم كان باطلاً، فلا يجوز له بعد ذلك التصدى للنزاع.

---

(١) وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن المرفوع عن الحكم المذكور.
Rev. Arb. 1990, P. 675, note P. Mayer.

(2) Cour d' Apped de Paris, 20 Janv. 1988, Clunet 1989, PP. 1032 et s.

(3) Delvové : Les solutions contractuelles. La clause d'arbitrage et tiers, Rev. Arb. 1988.501.

(٤) الدكتور جمال الدين عوض. شرط التحكيم فى سند الشحن ومشارطات إيجار السفن. مؤتمر القاهرة فى التحكيم الدولى يناير سنة ١٩٨٩ ص ٦ .

وإذا كان البطلان ينصب على الجزء من الشرط المتعلق بالطعن بالاستئناف على حكم التحكيم وحده، فلا يؤثر على صحة الجزء الباقى من اتفاق التحكيم (١).

٧٣- ومن المقرر أن المحاكم تتصدى لوجود اتفاق التحكيم، عندما يكون النزاع مطروحا عليها، ابتداء ، وطلب منها التخلى عن اختصاصها لهيئة التحكيم استنادا إلى الاثر المانع لاتفاق التحكيم، فان لها ان تعرض لهذه المسألة لبيان ما إذا كان الاتفاق على التحكيم باطلاً أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق (٢).

ومتى صدر حكم التحكيم نهائيا ، ولم تكن المحكمة التى رفع إليها النزاع قد فصلت فيه بحكم نهائى، وجب عليها أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها.

وإذا كان القانون الفرنسى يحظر شرط التحكيم فى التصرف المختلط أى الذى يمثل طابعا تجاريا بالنسبة لبعض الأطراف، وطابعا مدنيا بالنسبة للبعض الآخر، فإن هذا الحظر لاينطبق علي العقد الدولى (٣) ذلك أن اتفاق التحكيم فى مثل هذا التصرف المختلط يكون صحيحاً بوصفه تصرفا مستقلاً عن الاستناد إلى أى قانون وطنى. إذ أن تأمين المعاملات وحاجات التجارة الدولية يتطلبان استبعاد هذا المانع.

---

(1) Cour d'Appel de Paris, 20 Janv 1988, 1989, P. 1032 et s.

(٢) وطبقاً للمادة ١/٥٣ بند (أ) من قانون التحكيم المصرى الجديد يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم إذا لم يوجد إتفاق التحكيم، أو كان الأتفاق باطلاً، أو سقط بإنتهاء مدته.

ويصدق هذا النظر فيما لو جرى التحكيم التجارى الدولى فى بلد أجنبى، وأتفق أطرافه على إخضاعه للقانون المصرى.

(3) Cour d'appel de Paris 13. Dec 1975 Rev Arb 1977 P. 147 et. s. Note Fouchard.

ومما يرتبط بنطاق اتفاق التحكيم تفسير هذا الاتفاق والشروط المعيبة .

تفسير اتفاق التحكيم :

٧٤-يجب على المحكم التزام مبدأ التفسير الضيق لشرط التحكيم عند تحديد المنازعات محل حكم التحكيم التى لايجوز التوسع فيها.

"une Convntion d'arbitrage doit être restrictivement interprée"

وعلى ذلك، فإن شرط التحكيم المدرج فى العقد الاصلى لايمتد إلى العقد التابع(١) "contrat accessoire"

وكذلك ، فإنه إذا انصبّ التفسير على العقد محل الاتفاق علي التحكيم، فلا يتسع التحكيم للمنازعات الناشئة عن تنفيذ هذا العقد. فاذا كان اتفاق الخصوم علي عرض النزاع الذى يثور حول تفسير العقد على التحكيم، ثم ثبت أن المنازعة المطروحة على هيئة التحكيم لاتتضمن خلافا حول تفسير العقد، وكان النزاع ينحصر حول عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، مما يستتبع اختصاص القضاء صاحب الولاية بالفصل فى النزاع (٢).

والاتفاق على التحكيم لايفترض، بل يلزم أن يعبر بوضوح عن انصراف ارادة الخصوم إلى اتباع هذا الطريق (٣). فالتحكيم طريق استثنائى لفضّ المنازعات، فيجب قصره علي ماتنصرف إليه إرادة

---

(1) Sentence rendue dans L'affaire no 4360 en 1983. C. C. I clunet 1983-P-907 et s.

(٢) نقض مدنى مصرى فى ١٩٧٦/١/١٦، مجموعة المكتب الفنى. س ٢٧ رقم٣٨ .

(٣) نقض مدنى ١٩٨٦/٢/١٠، والطعن رقم ١٥٧٩ لسنة ٤٩ ق .

المحتكمين (١).

«فإذا تضمّنت مشارطة التحكيم بنداً مؤداه أن التحكيم إن وجد يجب أن ينعقد فى لندن، وطبقا للقانون الانجليزى، فإنه لاينبغى تفسير هذا البند على انه شرط تحكيم، وانما هو شرط لعقد التحكيم فى لندن، وطبقا للقانون الانجليزى اذا وافق الاطراف بعد ذلك على حل المنازعات الناشئة عن مشارطة الايجار عن طريق التحكيم» (٢).

وقد قضت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية (٣) ، وباختصاصها بالفصل فى المطالبة بالمستحقات الواجبة الأداء فى مواعيد معينة المتعلقة بشأن ترخيص «اسم» "nom" او علامة "marque" ، فى حين إنها قد رفضت ان تفصل في شأن المطالبة المتعلقة بالاستعمال الغير مرخص لاسم أو علامة استناداً إلى أن المحكم حين قام بتفسير اتفاق التحكيم تبين له أن المطالبة الأخيرة تخرج عن نطاق هذا الاتفاق.

وإذا اتفق الخصوم على تحكيم بالصلح، ومع ذلك تضمنت المشارطة نصا يوجب على المحكم احترام قواعد القانون، ومن ثم فإن هذا التعارض يقضتضى تفسير هذا الشرط لمصلحة اطرافه ، فلا يعتبر المحكم مفوضاً بالصلح (٤).

٧٥- ويجب التأكد من مدى وجود شرط التحكيم عندما يحتج به على الدولة. وهنا يتعين التزام مبدأ التفسير الضيق فى سبيل

(١) نقض مدنى ١٩٨٣/٢/٢٠، والطعن رقم ١٠٥٢ لسنة ٥١ ق .

(٢) الدكتور محمود محمد هاشم: النظرية العامة فى التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، ١٩٩٠، ص١٨٨ ..

(3) La sentence rendue. C. C. I dans láffaire. 4491 en. 1984. clunet. 1985. P. 966.

(٤) الدكتور أحمد أبو الوفا: التحكيم الأختيارى والأجبارى. الطبعة الثالثة، ١٩٧٨، ص ١٧٨ .

الكشف عن قيام شرط التحكيم المشار إليه، والتحقق من وجوده فى النزاع بين الدولة وطرف اخر.

Le Principe de l'interétation strict des clauses compromissoires lorsque celles ci sont opposées à un Etat.

وقد تم تطبيق هذا المبدأ فى قضية "Pyramides" (1) التى أبرمت بشأنها عقود لازمة متإلية لإنجاز مشروع معين، مصحوب بتدخل الدولة المصرية ، والثابت أن العقد الأصلى أبرم بين شركة أمريكية والدولة المصرية بواسطة وزير السياحة ، أعقبه عقد آخر مبرم بين الشركة الامريكية وهيئة عامة متخصصة هى الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق.

"L'egyptien General Organisation for Tourism and Hotel" (E.G.O.T.H)

بهدف إنشاء مشروع بمواصفات معينة.

ولكن محكمة باريس المختصة قضت ببطلان حكم التحكيم، واعتبرت أن الدولة المصرية بوصفها طرفا فى خصومة التحكيم، لم تشترك فى شرط التحكيم، وهو مايؤدى إلى سلب محكمة التحكيم من كل اختصاص، وأوضحت المحكمة ان القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ الذى ورد بالعقد الاصلى لم يتضمن اية اشارة إلى ارتباط الدولة المصرية، او تعهدها، بأن تقبل فى علاقاتها بالمستثمر الأجنبى شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية .C.C.I - وأن توقيع وزير السياحة على العقد الثانى المبرم بمعرفة الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق، والذى تصدر بلفظ "approuvé, agrée et certifié" ، فإنه لايعنى سوى

(1) Jean- Michel-Jacquet : L'Etat opérateur du commerce international, Clunet 1989, PP. 676-677.

بيان سلطة الولاية ، دون تعهد الدولة، وأن العقد لاينطوى على أى ارتباط خاص بالدولة ، فقد رأت محكمة باريس ان الهيئة قد تعاقدت باسمها . وأضافت المحكمة أن العمل قد جرى بالنسبة للدولة المصرية هو أنها لاتقبل التحكيم اطلاقا عندما تكون هى بذاتها طرفا فى عقود مع مستثمرين اجانب.

ومن المقرر أن رقابة محكمة النقض تمتد اى هذا التفسير (١).

الشروط المعيبة أو المعتلة: Clauses "Pathalogiqes"

٧٦- هى الشروط الناتجة من جهل الأطراف ، أو الخطأ المادى فى تحديد نظام التحكيم، سواء بسبب تعريف قاصر لهذا النظام، أو غير كاف، ومثل هذه الشروط لاتعبر عن إرادة مشتركة للأطراف بحيث يتعذر معه إجراء التحكيم، وفى مثل هذه الأحوال يمكن القول بأن قضاء الدولة يظل مختصا بالفصل فى هذه المنازعات.

ومع ذلك، فإنه إذا كان من الممكن التحقق من نظام التحكيم الصحيح، فإنه يمكن اجراء التحكيم دون أى تردد حقيقى ويبقى عندئذ للشرط فاعليته.

ومن هذا القبيل، ماحكمت به محكمة استئناف باريس فى ١٤ فبراير سنة ١٩٨٥ (٢) فى خصوص اعتبار شرط التحكيم الذى يمنح القضاء لنظام تحكيم اطلق عليه محكمة غرفة التجارة بباريس يكون صحيحاً، ويجب حمله على أنه يمنح الاختصاص بالضرورة لنظام غرفة التحكيم بباريس.

---

(1) Rev-arb. 1987. P. 359. et L'article de M. E mmanuel Gillarad. 1987. P. 275.

(2) Rev-arb-P. 325. note level.

وفى المسائل الدولية. هناك خطأ شائع كثير الحدوث فى التسمية التى تتضمن الإشارة إلى غرفة التجارة الدولية الكائنة فى Geneve أو Zurich . فى حين أن هذا النظام مقره باريس، وقد اعتد أحكام عديدة بشروط التحكيم المشار إليها واعتبرتها صحيحة لأنها تكشف عن الإرادة المشتركة للأطراف فى اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية وبهذا قضى حكم التحكم C.C.I. فى القضية رقم ٥١٠٣ سنة ١٩٨٨ (١) بأن الشرط الذى يحدد القسم الدولى لغرفة التجارة بباريس، يجب تفسيره صحيحاً على أنه يشير إلى غرفة التجارة الدولية.

كما وافقت محكمة النقض الفرنسية (٢) قضاة الموضوع فيما ذهبوا إليه من أن شرط التحكيم الذى يحدد غرفة التجارة بيوغسلافيا وبلجراد يكون صحيحاً، ويعنى فى الحقيقة محكمة التحكيم الخارجية لدى غرفة التجارة بيوغسلافيا ومقرها بلجراد.

---

(1) Clunet. 1988. P. 1206.

استقلال اتفاق أو شرط التحكيم عن العقد الأصلي :

La dualité des Conventions Unies

٧٧- من المبادئ التى أصبحت مستقرة فى قضاء التّحكيم التّجارى الدّولى، استقلال شرط التّحكيم، أو اتفاق التّحكيم عن العقد الأصلى.

وبيان ذلك، أن عدم مشروعية العقد الأصلى، أو صحته ، أو بطلانه أو فسخه لايؤثر على شرط التحكيم، سواء أكان هذا الشرط مدرجاً فى العقد الأصلّى، أم كان مستقلاً عنه فى صورة إتفاق، وأساس هذا النظر، أن اتّفاق التّحكيم، أو شرط التحكيم يعالج موضوعاً مختلفاً تماماً عن موضوع العقد الأصلى، إذ يعد اتفاق التحكيم تصرفاً قائماً بذاته، له كيانه المستقل عن كيان العقد الأصلى (١).

وبهذا حكمت محكمة باريس فى ٢١ فبراير سنة ١٩٦٤ «انه إذا كان رفض تسليم شهادات تصدير الشعير، أدى إلى منع التصدير وعدم إمكان المصدر شحن البضاعة، ماترتب عليه فسخ عقد البيع، إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح فى العقد. ومن ثم ، فإن شرط التحكيم يبقى صحيحاً ، وتكون هيئة التحكيم هى الجهة المختصة بالفصل فى النزاع»(٢).

وكذلك ، فإن بطلان اتفاق التحكيم، لايؤدى إلى بطلان العقد

---

(١) ولايكون شرط التحكيم باطلاً إلا فى أحوال إستثنائية، كما إذا كان سبب البطلان فى العقد الأصلى ينصرف إلى شرط التحكيم، وذلك عندما يكون العقد الأصلى المدرج فيه شرط التحكيم قد أبرمه ناقص الأهلية أو مشوباً بعيب من عيوب الإرادة.

Déby Gérard. Le rôle de la règle ...op. cit. P. 108.

وكذلك الحال يمكن أن يتحقق بطلان شرط التحكيم متى كان ناشئاً عن بطلان العقد الأصلى لمخالفة العقد الأصلى لقاعدة تتعلق بالنظام العام.

(2) Rev. crit. 1964. P. 5432. note Mezgre.

الأصلى، ولايمتد إليه.

واستقلال اتفاق التحكيم، فى مسائل التحكيم الدولى، يجب تقديره ليس فقط بالنسبة لاشتراطات العقد الاخرى، ولكن أيضاً بالنسبة لكل قانون وطنى لدولة معينة (١).

وجرى القضاء الفرنسى (٢)، على أن تجديد الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلى، لايؤدى إلى بطلان أو انقضاء شرط التحكيم. وكذلك فان هذا التجديد لايحول دون أن يستند هذا القضاء إلى مبدأ استقلال الشرط عن العقد الأصلى».

وأيضاً ، فإن الصلح فى شأن موضوع العقد الأصلى، لايؤدى إلى سقوط شرط التحكيم (٣).

وقد اعتنق هذا المبدأ حكم Texaco and California oil Company.

ضد The gouverenemant LIBAN

فى شأن النزاع على امتياز البترول الليبى (٤) إذ أوضح الحكم المذكور بقاء اتفاق الحكم- الذى يجعل الاختصاص لمحكمة التحكيم- قائما ، رغم حوالة عقد الإمتياز الحاصل نتيجة للتأميم.

كما أقرت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٨٣ . قاضى الموضوع فى أنه لم يطبق القانون الذى يحكم العقد الأصلى فى شأن تفسير شرط التحكيم الذى كان مدرجا

---

(1) Toulouse 26. Oct. 1982. clunet 1984. P. 603.

(2) Goldman. I.C.I de dr. international. Fasc. 586-1 au procedure. civile. Fasc. 1054. no9 P. 4.

(3) Casss-civi-10 Mail 1988- Rev-Arb. 1988. no 4.

(4) LALIVE jean. Flavin. un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et Rev.

فى هذا العقد (١).

واستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى ، لايعد قاعدة تنازع قوانين ، بل قاعدة قانون دولى خاص مادى (٢) تتعلق بالتحكيم التجارى الدولى (٣) ، ولا تدع محلا لتطبيق أي قانون أجنبى مما قد تحدده قاعدة التنازع، وذلك استجابة لمتطلبات التجارة الدولية.

ومبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى قننته اتفاقية جنيف الأوربية سنة ١٩٦١ (٤) (م ١٦/١). واكدته قواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، كما اعتنقته أيضا لائحة غرفة التجارة الدولية وكذلك رددته المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصرى الجديد.

ومع ذلك. فان معاهدة نيويورك (٥) لم تتضمن أي نص يتعلق بمسألة استقلال شرط التحكم. ولكنها قضت فى المادة V.I.(a). إنـــه يجوز رفض الاعتراض وتنفيذ حكم التحكيم، متي أثبت الخصم الدى يحتج عليه بالحكم ، أن اتفاق التحكيم لم يطبق عليه قانون الإرادة المتفق عليه، أو قانون مكان صدور حكم التحكيم عند تخلف قانون الإرادة.

٧٨- ويترتب على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى،

---

(1) deux sociétés privées étrangères. clunet. 1977. P319 et s.

arb. 1984. P. 483. note Randeu Rivier Rev. arb. 1980 P. 3.

(2) Déby. Gérard. le rôle. op-cit-P. 108.

(٣) ومع ذلك. فإن هذا المبدأ يسرى بغض النظر عن الطبيعة المدنية أو التجارية، أو المختلطة لنصوص العقد.

Paris9. nov. 1984. clunet. 1986. P. 1039. note loquin.

(4) "la constation du nullité du contrat par la tribunal arbitral n'entraine pas de plein droit de la clause compromissoire".

(5) Goldman-I. C. I. de dr. international. Fasc. 586- 1au procedure civile 1054. P-7. no-2.

نتيجة هامة فى اطار تنازع القوانين، هو أن اتفاق التحكيم قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذى يحكم العقد الأصلي (١) ، فيجوز تطبيق المبادئ العامة وعادات التجارة الدولية على اتفاق التحكيم، بصرف النظر عن القانون المطبق على العقد الدولى (٢).

مع ذلك، يمكن القول بأن تطبيق قانون معين على العقد الأصلى قد يعتبر قرينة كاشفة عن إنصراف نية الأطراف إلى تطبيق نفس القانون على اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، طالما أنه لايوجد اتفاق مخالف، وذلك تطبيقاً للاتجاه الفقهي الغالب فى تنازع القوانين والخاص بوحدة القانون الواجب التطبيق، إذ أن إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلى لايحول دون إمتداد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد الأصلى إلى اتفاق التحكيم.

اتفاق التحكيم وتعيين أسماء المحكمين :-

٧٩- كان مؤديّ نص المادة ٥٠٢/٣ من قانون المرافعات، استنادا إلى صياغتها الآمره، بطلان اتفاق التحكيم عند عدم تسمية أسماء المحكمين، وكان لهذا الاتجاه مخاطره الواضحة بالنسبة لمراكز التحكيم فى مصر، مثل مركز القاهرة الإقليمى الذى يرفع أمامه الدعاوى، ولايتضمن اسماء المحكمين. وقد يصدر حكم التحكيم فى الخارج لينفذ فى مصر، فيتم التمسك عند التنفيذ ببطلان شرط التحكيم لخلوه من أسماء المحكمين (٣).

---

(1) Fouchhard. L'Arbitrage Commercial ...Op. it. no. 114. 115. l'arrêt Gooset. cass. civi. 7. mai 1963. Rev cit 1963. P. 615. note. motulsky.

(2) Goldman. J.C.I op cit. P. 12. no-39.

(٣) الدكتور/ أحمد شرف الدين. دراسات فى التحكيم التجارى الدولى ص ٩٤ .

وقد أدرك المشرع المصرى هذه المساوئ، فنص فى المادة الثالثة من مواد اصدار القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ باصدار قانون التحكيم المصري الجديد فى المواد المدنية والتجارية، على الغاء المواد ٥٠١ إلى ٥١٣ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، كما يلغى أى حكم مخالف لأحكام هذا القانون، وجاءت نصوص الباب الثانى الخاصة باتفاق التحكيم خالية من آية اشارة تفيد وجوب تسمية المحكمين فى وثيقة التحكيم، وإوضح الباب الثالث حرية اختيار اشخاص المحكمين، وكيفية، ووقت اختيارهم- وإزاء ذلك، فليس هناك إذن ثمة مانع من تطبيق أحكام قانون أجنبي في مصر لا يتطلب تعيين أسماء المحكمين في اتفاق التحكيم، متى كان هذا القانون هو الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد فى القانون المصرى.

أما بالنسبة لمعاهدة نيويورك - التى انضمت إليها مصر- وتعد جزءا من القانون المصرى وتطبق حتى لو خالفت قواعد التنازع الواردة فى القانون المدني ، فقد تصدّت لاتفاق التحكيم الذى يتسم بالطابع الدولى فى المادة الثانية من الاتفاقية.

فحددت مضمونة وكيفية إبرامه، دون أن تتضمن بدورها مايوجب ضرورة تسمية أسماء المحكمين وتطبيق الحكم الوارد فى هذه المادة مباشرة بوصفه من قوانين التطبيق الفورى (١) بعيداً عن منهج التنازع.

وهذا هو ما اتجهت إليه محكمة استئناف الاسكندرية فى حكمها الصادر فى ١٩٨٥/١١/١٨ (٢) التى أكدت أن صحة اتفاق التحكيم

---

(١) الدكتورة سامية راشد. التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية ص ١١٩ ومابعدها.

(٢) الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٤٠ ق مشار إليه فى الدكتور/ هشام صادق مشكلة خلو إتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين ص ٦٦ ومابعدها.

لايستند فقط إلى نصوص قانون المرافعات الفرنسي الواجبة التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية وإنما تستند كذلك على اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ فى شأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية .... وان التنظيم الذى أوردته المعاهدة فى مادتها الثانية لايقتضى أن يقوم الأطراف أنفسهم بتسمية المحكمين باشخاصهم فى اتفاق التحكيم ذاته، فقد جاءت خلواً من وجوب تعيين اسماء المحكمين فى ذات الاتفاق بمفهومه الوارد فيها ... وأن عدم تضمين اتفاق التحكيم أسماء المحكمين لايؤدي بالضرورة إلى عدم امكان تنفيذه ... ولايقبل من أطراف التحكيم التذرع بعدم امكان تنفيذه توصلاً إلى التحلل من اتفاق التحكيم».

ومن المعروف أن المعاهدة تعتبر حكم التحكيم أجنبياً، متى صدر الحكم فى دولة، ويراد تنفيذه فى دولة أخرى، أو متى كان حكم التحكيم لايعتبر وطنياً فى الدولة المطروح أمامها مسألة الاعتراف أو التنفيذ، حتي ولو كان صادراً على إقليمها (١).

وعلى ضوء ماتقدم لاضرورة لتسمية أسماء المحكمين فى اتفاق التحكيم سواء كان الحكم قد صدر فى الخارج ويراد تنفيذه فى مصر، أو صدر فى مصر، ويراد تنفيذه فى الخارج مادامت أحكام اتفاقية نيويورك هي المنطبقة، وبالمثل فان قواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى (قواعد الأمم المتحدة) لم تتضمن نصاً أو قاعدة تستوجب تعيين أسماء المحكمين فى وثيقة التحكيم (٢).

---

(١) ماسبق رقم ٢٣ .

(٢) إلا إذا قام الأطراف الذين إعتنقوال قواعد القانون النموذجى بتعديلها. وإشترطوا تضمين إتفاق التحكيم تعيين أسماء المحكمين.

أطراف اتفاق التحكيم :

٨- يلتزم باتفاق التحكيم كل من وقع عليه، مالم يكن الاتفاق مشوباً بعيب من عيوب الرضا ، أو عارض من عوارض الاهلية.

وقد حكم بأن الشركة الأم ترتبط باتفاق التحكيم الموقع عليه من الشركة الوليدة (١) حتى ولو لم تكن هذه الشركة الوليدة تتمتع بالشخصية المعنوية (٢).

كما حكم بأنه يستحيل على الشركة الباطلة اللجوء إلى التحكيم، لأن البطلان الذي يترتب على ذلك ، يتعلق فى ذات الوقت بالنظام العام، وبحقوق الغير (٣).

ويسرى اتفاق التحكيم على المتعاقدين والخلف العام والخاص.

واتفاق التحكيم المبرم بمعرفة شركة التضامن، يكون ملزما لجميع الشركاء المتضامنين فيها.

وإذا ابرم المدين اتفاق تحكيم فإن أثره ينصرف إلى المدينين المتضامنين معه (٤)

ولايعتبر الكفيل سواء كان عادياً أو متضامناً طرفاً فى شرط التحكيم الذي يحتويه العقد المكفول (٥).

---

(1) Paris 26-nov. 1986. Note Chapelle. Rev. Arb. 1988. P. 133.

(٢) حكم محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٥٧٢١ لسنة ١٩٩٠.

Clunet 1990,P. 100. et,

(3) Rev. Arb. 1956. P.

(4) Cass. comm. 13 nov. 1967.

(5) Goutal. L'arbitrage et les tiers, Rev. arb. 1988. P. 441.

وفى إطار التعهد عن الغير، فإن التصرف المبرم بين المتعهد عن الغير والمتعاقد معه لايلزم الغير بشرط التحكيم، فيظل هذا الغير أجنبيا عنه.

ولا يملك الوكيل ابرام اتفاق التحكيم بغير إذن خاص والتوكيل الذى الذى يُبيح للوكيل ابرام شرط التحكيم باسم الموكل لايمنحه سلطة تمثيل الموكل فى اجراءات التحكيم (١).

ويلاحظ أن رئيس الشركة الأم يعمل أيضاً بوصفه ممثلاً للشركة الوليدة استناداً إلى فكرة روابط النظم Liens institutionnels أو « الحقيقة الاقتصادية » "Realité economique" التى تسمح بالقول بأن نشاط الشركة الوليدة يعتبر منضما إلى الشركة التى ترتبط بها. وهذا الإتجاه المتبع بمعرفة هيئات التحكيم يؤدى إلى التوسع فى صحة اتفاق التحكيم، كما لو كان الامر متعلقا بشخصية معنوية وقعت على هذا الاتفاق (٢).

وقد نصت المادة ٣٦ من قواعد القانون النموذجى أن من أسباب رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم ، أن يقدم الطرف المطلوب التنفيذ ضده إلى المحكمة المختصة المقدم إليها طلب الاعتراف، دليلا يثبت أن طرفا فى اتفاق التحكيم مصاب بأحد عوارض الاهلية.

٨١- وقد تطلبت معاهدة نيويورك ضرورة توافر اهلية (٣) الأطراف اللازمة للوصول إلى إبرام اتفاق التحكيم، وفقا للقانون الذى ينص على أهليتهم وهو القانون الشخصى، سواء أكان القانون

---

(1) Cass. Civ. 29 Mai 1991, Rev. Arb. 1992. P. 633.

(2) Clunet 1990, op. Cit., PP. 1020 et s.

(٣) ويجب توافر أهلية الأتفاق على التحكيم وقت إبرامه، وبقاء هذه الأهلية حتى صدور الحكم .

الوطنى (الجنسية) ام قانون الموطن حسب الأحوال، ويطبق هذا القانون الشخصى حتى ولو كانت اجراءات التحكيم تتم فى أكثر من دولة، وبالنسبة لأهلية الأشخاص المعنوية فى إبرام اتفاق التحكيم، إنما يكون وفقا للقانون الذى يحكمها.

وفي القانون المصرى، لايملك المحجور عليه إبرام اتفاق التحكيم ، لعدم توافر الأهلية اللازمة للتصرّف فى الحق المتنازع عليه (١).

ولايملك الدائن إبرام اتفاق تحكيم فيما يتعلّق بحقوق مدينة قبل الغير.

ولايسرى اتفاق التحكيم الذي أبرمته الشركة المندمجة على الشركات التى أدمجت فيها.

ولوكيل الدائنين الاتفاق على التحكيم فى شأن الصلح دون الحصول على إذن من مأمور التفليسة. ولكن يتعين لنفاذه تصديق المحكمة المختصة عليه.

٨٢- وتقّرر بعض التشريعات، مثل القانون الفرنسى، مبدأ عدم جواز التجاء الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة للتحكيم التجارى (م١٠٠٤ ، ٨٣ من قانون المرافعات الفرنسى).

وهذا المبدأ يعتبر من النظام العام في القانون الداخلي فى فرنساً، بمعنى أنه معمول به فى اطار التحكيم التجارى الدولى، لاختلاف

---

(١) وكذلك الحال بالنسبة للقاصر المأذون له بالأدارة أو الأتجار فإنه يمتنع عليه الأتفاق على التحكيم لعدم توافر أهلية التصرف ومع ذلك، تنص المادة ٦١ من المرسوم لقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن «للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته، ويصح إلتزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط.

فكرة النظام العام بمفهومه الدولى عنه فى القانون الداخلى. ذلك أن الحظر المنصوص عليه بشأن منع جهاز الحكومة والقطاع العام من اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التى تبرمها، لايطبق علي العقود الدولية.

هذا هو ما أشارت إليه معاهدة نيويورك، من أن التحكيم ينطبق على المنازعات التى تجرى بين أشخاص طبيعيين أو معنوين. وبها تتسع صور التحكيم للمسائل التى تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها، فاستبعدت بذلك القيود التى تضعها بعض التشريعات الداخلية على أهلية الأشخاص المعنوية فى اللجوء إلى التحكيم.

وهذا الوضع لايتعارض مع قواعد القانون النموذجى للأمم المتحدة. وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية فى حكم Galakis بتاريخ ٢ مايو ١٩٦٦ (١) . فى الطعن المرفوع عن حكم محكمة الاستئناف باريس فى ٢١ فبراير ١٩٦١ ان حكم محكمة الاستئناف كان قاصراً على معرفة ما إذا كانت القاعدة الخاصة بحظر التحكيم فى العقود الداخلية يجب تطبيقها أيضا على عقد دولى مبرم لحاجات وفى الظروف الخاصة بعادات التجارة البحرية. وخلصت-بحق- إلى أن المنع المقصود لايطبق على مثل هذا العقد الدولى».

وقدرة الدولة في إبرام اتفاق التحكيم صحيحاً لايعدو أن يكون مظهراً للأهلية (٢).

---

(1) Rev. Crit. 1967, P. 553, Note Goldman. Jean-Micel-Jacquet: L'Etat opérateur du Commerce interntional, Clunet. 1989, P. 669.

(2)"n'est Qu'un aspest de la "capacité" Goldman. J.C.I. ddr. international Fasc. 586-3-P. no. 9.

وقد يمنع قانون الدولة او الهيئات العامة الطرف فى اتفاق التحكيم من قدرتها فى اللجوء إلى التحكيم حتى فى النطاق الدولى، وهو مايؤدى بالدولة او الهيئة العامة إلى الاحتماء خلف هذا الخطر، وللتخفيف من هذا الوضع المتعلق بعدم القابلية الشخصية I arbitrabilite subjective – دون إمكان استبعاده- يمكن تطبيق قانون اتفاق التحكيم متى كان هذا القانون ليس هو قانون الدولة الطرف فى الاتفاق، وبذك يصبح إتفاق التحكيم صحيحاً.

كما يمكن ناحية أخرى ، وضع حل مرض وكاف يجد أساسه فى استبعاد منهج التنازع، وتطبيق قاعدة مادية موحدة للتحكيم الدولى، بصرف النظر عن قانون الدولة الطرف فى النزاع، أو قانون اتفاق التحكيم (١).

هكذا، فإن الدولة الفرنسية تكون ملزمة بأن تعطى أثراً فعالاً لشرط التحكيم الذي تم قبوله، دون أن تحتمى خلف الحظر المنصوص عليه فى القانون الداخلى، بمعنى أن تحديد مجال الحظر يرتبط بالعلاقات الداخلية دون الدولية.

واستناداً إلى ماتقدم ، صدرت أحكام عديدة من محاكم التحكيم أكدت صحة شروط اتفاقات التحكيم المدرجة فى العقود التجارية الدولية والمبرمة بمعرفة الأشخاص المعنوية للقانون العام، وأكدت أن الدول صاحبة السيادة ترتبط بهذه الاتفاقات (٢).

كما قضت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بأن شرط

---

(1) Goldman J. Cl. op, cit. P. 3,4 no 10.11 ومايلى رقم ١٦٣ .

(2) La Sentènce liamco 12 Avril 1977 Rev. arb 1980. P. 132.

التحكيم الذى وضعته مؤسسة عامة دولية (هى الهيئة العربية للتصنيع) . ترتبط به أربع دول أساسية، هى الإمارات العربية المتحدة، والمملكة العربية السعودية، وقطر، والجمهورية العربية المتحدة (١).

أثر اتفاق التحكيم :

٨٣- يترتب على اتفاق التحكيم أثر سالب لاختصاص القضاء، ولكن هذا الأثر السالب، لايجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، فليس لها أن تقضى بعدم الاختصاص والإحالة إلا إذا تمسك به الخصوم.

ويعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع، نزولا (٢) ضمنيا عن التمسك به، بمعنى أنه يسقط الحق فى التمسك بشرط التحكيم فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام فى الموضوع (٣).

وغنى عن البيان ، أن طلب التأجيل لايدل بذاته على مواجهة الموضوع.

وتقضى الفقرة الثانية من المادة الثامنة من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى ، بأنه إذا رفعت دعوى أمام القضاء فى مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم ، فلا يؤثر ذلك على التحكيم، إذ يجوز مع ذلك افتتاح إجراءات التحكيم، والبدء أو الاستمرار فيه، حتى ولو كانت الدعوى لاتزال منظورة أمام المحكمة.

---

(1) Goldman. J. C. I op- cit P. 7 no. 28.

(٢) ويقف مفعول مشارطة التحكيم عند نزول الطرفين عنه. ولاعبرة بنزول أحدهما لأن المشارطة إتفاق. ومع ذلك يمكن أن يكون النزول اتفاقى ضمنى بصورة لاتدع مجالاً للشك فى حصوله.

(٣) نقض مدنى ٣ مارس سنة ١٩٨٦ الطعن رقم ١٧٨٥ لسنة ٥٠ ق.

وقد لاتحيل المحكمة النزاع إلى التحكيم طبقاً لاتفاقية نيويورك أو قواعد القانون النموذجى ، ولو تم التمسك به قبل مواجهة الموضوع، متى قدرت أن الاتفاق على التحكيم باطل، أو غير قابل للتنفيذ، أو لايقبل التطبيق (١).

ورغم أن شرط التحكيم ، يسلب القضاء الوطنى اختصاصه (٢) فإن هذا القضاء قد تعرض عليه أحياناً بعض المسائل التى ترتبط بموضوع النزاع فى أحوال معينة، إما أثناء نظر هيئة التحكيم للنزاع، كما لو اقتضى الأمر اتخاذ إجراء تحفظى أو وقتى، يخرج عن ولاية هيئة التحكيم، ولايمس الموضوع أمامها، وإما بعد صدور حكم التحكيم وبمناسبة الطعن عليه بالبطلان أمام القضاء، كما يتم فى النهاية اللجوء إلى القضاء للحصول أمر بتنفيذ حكم التحكيم ، للتحقق من أن الحكم قد استوفى الاجراءات التى تكفل تنفيذه، ولضمان عدم مخالفة الحكم للنظام العام بمفهومه الدولى (٣).

ومن هنا يتضح مدى التعاون بين التحكيم والقضاء.

٨٤- حوالة شرط التحكيم :

وفى شأن حوالة شرط التحكيم الذى لاينفك عن مضمون العقد

---

(١) نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٧٠ سنة ١٩٧٠ مجموعة المكتب الفنى ع٢١ ص ٥٩٨ .

(٢) وطبقاً لاتفاقية نيويورك يخضع إتفاق التحكيم أو شروط التحكيم فى سلب إختصاص القضاء بنظر النزاع لقانون دولة تنفيذ الحكم.

وطبقاً لنص المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى الجديد. يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع (فى التحكيم الداخلى). أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج فينعقد الأختصاص بشأنه إلى محكمة إستئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على إختصاص محكمة إستئناف أخرى فى مصر. وتظل المحكمة التى ينعقد لها الأختصاص دون غيرها صاحبة الأختصاص حتى إنتهاء جميع إجراءات التحكيم.

(٣) مايلى رقم ٢٥٠ ومابعده

الاصلى فقد أكد القضاء الفرنسى مبدأ نقل شرط التحكيم إلى المحال له، سواء فى مسألة حوالة العقد أو فى مسألة حوالة الدين (١).

ويكون نقل شرط التحكيم بالحوالة طبقاً للقانون الذى يحكم هذا الإتفاق ، أى الذى نشأ فى ظله. ذلك أن حوالة الحق، لاتؤثر على القوة الملزمة له، رغم تغير أحد أطرافه، وأن الإلتزامات الناشئة عن العقد، لاتتغير سواء فى موضوعها أو سببها. وكذلك فإن حوالة الحق لاتنشئ التزاماً جديداً فى ذمة المدين، وإنما هى تنقل الإلتزام الثابت أصلاً فى ذمته من الدائن إلى دائن آخر (٢).

وقد قضت محكمة إستئناف باريس فى ٢٨ يناير سنة ١٩٨٨ (٣) بأن حوالة شرط التحكيم المنصب على المنازعات المتعلقة باستغلال فيلم، أو إنهاء هذا الاستغلال، لاتتحقق فعاليتها الا فى حدود الحقوق والالتزامات المحالة دون تلك التى لم تكن محلاً للحوالة (٤).

وللمحال عليه ان يتمسك فى مواجهة المحال له بالدفوع التى كانت له قبل المحيل، ومنها الدفع ببطلان شرط التحكيم ذاته أو بطلان الدين محل شرط التحكيم ، أو انقضائه بالوفاء ، أو اتحاد الذمة.

الحلول فى شرط التحكيم :

٨٤ مكرر- قضت محكمة استئناف باريس فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٩٢ بانه «بمقتضى الأثر الناقل لحلول شركة التأمين فى حقوق ودعاوى المؤمن عليه فإن شرط التحكيم ينتقل إلى المؤمن مع ديون

(1) Paris 15 Mars. 1966-Rev-arb. 1966. P. 100.
Paris 20 Avr. 1988. Rev. arb. 1988P. 570.
cité Par loquin. clunet 1989 P. 1028.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٧/١٢/٢٣ مجموعة المكتب الفنى س ١٨ ص ١٧٤٤ .

(3) Clunet. 1989. P. 1021 et s. note loquin.

(4) La note precitée. clunet. op. cit. P. 1030 et s.

وحقوق المؤمن عليه، بأوصافه التى ينطوى عليها (١) دون تجديد (٢).

الاشتراط لمصلحة الغير فى شرط التحكيم :

٨٥- فى نطاق الاشتراط لمصلحة الغير، فإن المنتفع من الاشتراط يستطيع أن يستند إليه فى شأن النصوص المقررة لمصلحته فى العقد المبرم بين المشترط والمتعهد (٣) ولايمكن الاحتجاج عليه بالنصوص التى ليست فى مصلحته وفى نفس الوقت لايستطيع ان يحتج بها.

فإذا قبل المشترط الإفادة صراحة من الاشتراط فإنه يصبح طرفا فيه ويمكن أن يستند إلى شرط التحكيم الذى يتضمنه، كما يمكن الاحتجاج به عليه.

ومؤدّى ماتقدم، أن المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير يمكن أن يستفيد من شرط التحكيم متى رغب فى ذلك، ولكنه لايكون ملزما به، ومع ذلك ذهبت المحكمة الاتحادية السويسرية فى ٧ فبراير سنة ١٩٨٤ أن الغير لايلتزم بشرط التحكيم إلا إذا أقره (٤).

وهناك اتجّاه نحو التوسع فى أثر العقد بالنسبة للغير بحيث يسمح لمستهلك الشئ الحق فى رفع الدعوى مباشرة ضد المنتج بسبب عيب فى الشئ (٥).

أثر بطلان أحد شروط اتفاق التحكيم على الاتفاق ذاته :

٨٥م - قضت محكمة استئناف باريس فى ٢١مايو ١٩٩١ (٦)، بأنه

(1) Rev. D`arb. 1993. P. 6632.

(2) Sentene de la C.C.I. no 1704 de 1977. Rec de sentence 1975. P. 312.

(3) Cass. com. 4, Juin. 1985. Rev. arb. 1987. P. 139 note Goutal.

ماسبق رقم ٦٥، ٦٦ .

(4) Rev.arb 1986. P. 589. et s.

(٥) الدكتور فوزى محمد سامى. التحكيم الدولى. دراسة مقارنة سنة ١٩٩٢ ص ٢٣١

(6) Rev. Arb. 1991. P. 661 et s.

إذا انصب البطلان فقط على شرط الطعن بإستئناف حكم التحكيم امام القضاء (١) الوارد فى اتفاق التحكيم ، فإنه لايؤثر على باقى ماحواه اتفاق التحكيم ذاته الذي يظل صحيحاً.

ويهم هنا أن نؤكد أن بطلان شرط الطعن بالاستئناف فى هذا الصدد، يمكن ان يكون محصورا فى نطاقه، أو على العكس، قد يمتد إلى الشرط برمته، وهو ماحكمت به ذات المحكمة فى حكمها فى ١٢ ديسمبر ١٩٨٩ (٢).

ويمكن القول، بأنه حتى يتعين بيان آثار بطلان شرط الاستئناف على اتفاق التحكيم، يجب البحث عن أهمية هذا الشرط فى المضمون الاجمالى لاتفاق التحكيم الذى ينطوى عليه الشرط المذكور.

إتفاقات التحكيم فى مجموعة الشركات :

Les convention d' arbitrage dans lES groupes de societés.

٨٦- إذا كانت فكرة مجموعة الشركات لم تصل على وجه التحديد إلى حالة المجموعة القانونية بسبب اختلاف الاشكال وتنوعها، فإنه بمقتضاها يتجه عدد معين من الشركات إلى رغبتها فى تقريب انشطتها، سواء فى المسائل الصناعية أو المالية أو التجارية عن طريق فروعها، أو عن طريق دور الشركات فى المساهمة، لوجود التماثل فى المجموعات. وعلى ذلك إذا كان شرط التحكيم قد أدرج فى الاتفاق المبرم بين إحدى شركات المجموعة مع الغير، فإنه يحتج به

---

(١) وينص قانون المرافعات الفرنسى الجديد على أن الحكم الذى يرفض الأعتراف أو تنفيذ قرار التحكيم هو وحده القابل للاستئناف (مادة ١٥٠١)، وأن قرار التحكيم لايكون إلا محلاً لدعوى بطلان (مادة ١٥٠٤)، وأن محكمة الأستئناف ليس لها فى المسائل الدولية الفصل فى الموضوع.

(2) 12 Déc. 1989, Rev. Arb., 1990, P. 863.

على شركة أخرى فى المجموعة تسهم فى العملية الاقتصادية.

والحلّ الخاص بامتداد شرط التحكيم إلى الشركات غير الموقّعة لايختلط مع مايترتب فقط على تجزئة المنازعات والأطراف المرتبطين أو غير المرتبطين بشرط التحكيم (١).

وقد قضت محكمة باريس (٢) فى أحكامها الصادرة بتاريخ ٢٨، ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨٨ ، ١٤ فبراير سنة ١٩٨٩ أن شرط التحكيم المدرج فى عقد دولى يكون له صحته وفاعليته الخاصة وهو يمتد بطبيعته مباشرة إلى الأطراف الذين يتضمنهم فى تنفيذ العقد وفى المنازعات التي قد تنشأ عنه، ومنذ ذلك الحين ، فإن مراكزهم القانونية وأنشطتهم يفترض إنها قبلت شرط التحكيم الذين يعلمون وجوده ونطاقه رغم أنهم لم يوقعوا على العقد الذى ورد به هذا الشرط.

التضامن واتفاق التحكيم :-

القاعدة : إن المدين المتضامن يعتبر نائباً عن غيره من المدينين المتضامنين معه فيما ينفعهم لا فيما يضرهم.

وكذلك الحال بالنسبة للدائنين المتضامنين فى علاقتهم بالمدين.

وتأسيساً على هذا المبدأ. فإن اتفاق التحكيم الذى يبرمه أحد المدينين المتضامنين، لايكون ملزماً لسائر المدينين الآخرين إلا إذا كان ذلك فى مصلحتهم، إعمالاً لمبدأ النيابة التضامنية بين المدينين فيما ينفعهم ، عندئذ يكون لهم التمسك به ويعتبرون بمثابة أطراف فى إتفاق التحكيم رغم عدم توقيعهم عليه.

---

(1) Jean Robert et Berterand Moreau, L`arbitrage dr. int, dr. international privé Dalloz éd. 1993. P. 342, 344. no. 346.

(2) Jean Robert et Berterand. Moreau L`arbitrage ... op. it. P 242 et 243.

وهذا هو الحال أيضاً بالنسبة لاتفاق التحكيم الذى يبرمه أحد الدائنين المتضامنين، فإن حكم التحكيم الذى يصدر فى النزاع لايكون حجة على سائر الدائنين المتضامنين ولكن يجوز لهم ان يتمسكوا به متى قدروا انه فى صالحهم (١).

مركز الكفيل بالنسبة لشرط التحكيم فى النزاع بين الدائن والمدين.

٨٦ مكرر– من المقرر أنه رغم ارتباط عقد الكفالة بالعقد الأصلى الذى ورد فيه شرط التحكيم، إلا أن هذا لاينفى عنه خاصية الاستقلال عن العقد الاصلى، فإذا كان التزام الكفيل، والالتزام المكفول يتفقان فى وحدة الالتزامين . إلا أنهما يختلفان من حيث المصدر والأشخاص ، ولهذا ، فإن التبعية التى تتميز بها عقد الكفالة بالنسبة للعقد الأصلى الوارد به شرط التحكيم، لاتكفى لامتداد شرط التحكيم إلى العقد المكفول.

ومن المسلم به أيضاً، أن شرط التحكيم ينتقل بانتقال الحق مباشرة من شخص إلى آخر بوصفه من توابع الحق، أو الالتزام الأصلى الذى لاينفك عنه، وهذا الانتقال يتم سواء بالحوالة أو الحلول، وهنا يحل الغير محل الطرف الأصلى ويلتزم به. وفى غير هذه الأحوال، فإن فكرة الامتداد إلى شخص لم يوقع على اتفاق التحكيم ، يفترض– كما سبق بيانه– أن للغير دوراً فى إبرام العقد أو تنفيذ الالتزام محل الامتداد. (٢)

---

(١) راجع الدكتور/ مصطفى الجمال، والدكتور عكاشة عبد العال. التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨ .

(٢) ماسبق رقم ٨٦،٧١ .

ولما كانت الكفالة تختلف تماماً عن الحوالة ، فإن شرط التحكيم الوارد فى العقد الأصلى لايمتد إلى عقد الكفالة، ومن ثم لايلتزم به الكفيل الذى لايعتبر طرفا فى شرط التحكيم، وهو ما يستتبع معه امتناع الدائن عن الاحتجاج بشرط التحكيم فى مواجهة الكفيل.

وإذا كانت المادة ١/٨٨٢ مدنى مصرى تنص على أنه يمكن للكفيل أن يتمسّك بجميع الأوجه التى يتمّسك بها المدين، فإن المراد بها، الدفوع المتعلقة بالدين أو بالحق ذاته، مما لايندرج فيها شرط التحكيم الذى لايؤثر على الحق الموضوعى.

ولكن الكفيل يستطيع أن يتمسك بشرط التحكيم فى مواجهة المدين ، متى أوفى هذا الكفيل الدين ، عندئذ يحل محل الدائن فى جميع حقوقه قبل المدين (١). لأن الحلول يؤدى إلى انتقال شرط التحكيم، الذى يلتزم به الكفيل عندئذ رغم أنه لم يكن طرفا فيه، ويكون الرجوع بالحالة التى كان عليها قبل الحلول. (٢)

ومن ناحية أخرى ، فلا يحق للكفيل أيضاً أن يتمسك بشرط التحكيم فى مواجهة الدائن لأنه أجنبى عنه.

ومع ذلك ، فإن حكم التحكيم يعتبر بمثابة دليل على حق الدائن أمام القضاء، فيمتنع على الكفيل أن ينازع فيما قضى به حكم التحكيم مواجهة المدين.

---

(١) ويسند الحلول إلى القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القانون المدنى، وكذلك إلى نص المادة ٧٧٩ من القانون المدنى الخاصة بالكفالة.

(٢) فإذا كان التزام الكفيل يتضمن شروطاً أشد من شروط الألتزام المكفول فلايترتب على ذلك، إبطال الألتزام المكفول، ولكن يرد التزام الكفيل إلى الألتزام المكفول من حيث مقداره، وأوصافه، وطريقة سداده.

د. محمد نور شحاتة. مفهوم الغير فى التحكيم سنة ١٩٩٦ دار النهضة العربية. ص ١٠١ ، ١٠٤، ١٧٩ .

ونرى أنه يجب مراعاة الدفوع الخاصة بالكفالة فى حد ذاتها، كما إذا كان عقد الكفالة باطلاً أو قابلاً للابطال ، أو كان التزام الكفيل معلقاً على شرط واقف لم يتحقق أو دفع الكفيل ببراءة ذمته بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين (م ٧٨٦ مدنى).

وغنى عن البيان ، إذا وردت الكفالة فى العقد المنشئ لعلاقة المديونية - والذى يتضمن اتفاق التحكيم- ووقع عليه الكفيل ، فإنه يعتبر طرفاً فى اتفاق التحكيم . وكذلك الحال اذا كانت الكفالة تالية على العقد الاصلى المتضمن شرط التحكيم وتمت الإحالة فى عقد الكفالة إلى هذا العقد الأصلى، أصبح الكفيل طرفاً فى اتفاق التحكيم(١).

الدعوى غير المباشرة : (٢)

عندما يستعمل الدائن الدعوى غير المباشرة ، يعتبر نائباً عن المدين، ويدخل فى الضمان العام للدائنين، ويجب عليه فى استعمال حقوق المدين ان يتقيد باتفاق التحكيم الذى أبرمه المدين، ويلتزم به فى شأن اللجوء إلى التحكيم، رغم أنه يعتبر من الغير بالنسبة لهذا الاتفاق.

الدعوى المباشرة : (٣)

هذه الدعوى يكون مصدر الحق فيها نص القانون ومن أمثلتها:-

---

(١) راجع فى ذلك د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال فى التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية سنة ١٩٩٨ ص ٤٦٣ .

(٢)،(٣) الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عكاشة عبد العال سنة ١٩٩٨ . ص ٤٨٨ ومابعدها.

دعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن للمطالبة بالأجرة المستحقة له قبل المستأجر الأصلي.

دعوى المقاول من الباطن ضدّ رب العمل للمطالبة بما هو مستحق له قبل المقاول الأصلي.

دعوى المضرور . في حالة التأمين من المسئولية – في الرجوع على المؤمن مباشرة للمطالبة بما هو مستحق له من تعويض قبل المسئول

في هذه الأحوال، لايعتبر اتفاق التحكيم الذى يبرمه مدينه ملزماً له.

العقد الجماعي: (١)

مثل عقد الصلح الواقى من الإفلاس، وعقد العمل المشترك ، وعقد تأجير المال الشائع أو بيعه الذي يبرمه اغلبية الشركاء سواء مع المستأجر أو البائع.

فإذا احتوى هذا العقد على شرط تحكيم. كان ملزماً لجميع افراد العقد، حتي ولو لم يشترك فى ابرامه. وإذا ابرمت الأغلبية اتفاق تحكيم كان ملزما لجميع أفراد العقد، حتي ولو لم يشترك فى إبرامه.

---

(١) الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عكاشة عبد العال سنة ١٩٩٨ ص ٤٨٨ ومابعدها.

تعيين المحكم
وتشكيل هيئة التحكيم
(الشروط الذاتية فى المحكم)

تمهيد :

٨٦م - يحكم تشكيل هيئة التحكيم مبدأن أساسيان :

أولـهـمـا : أن تكون إرادة الخصوم هى المرجع الأول فى إختيار الهيئة، فإذا اتفق الأطراف على طريقة اختيار المحكمين، فإنه يجب الإلتزام بما تم الاتفاق عليه، وغالباً ما يختار الخصم محكماً، يكون هناك تقارب بينهما فى الآراء وعلى دراية بموقفه أكثر من القاضى، وأن الثقة فى حسن تقدير المحكم وعدالته، وحيدته، هى بواعث الإتفاق على التحكيم.

ثـانـيـهـمـا: مراعاة المساواة بين طرفى النزاع من حيث اختيار المحكمين، فلا يكون لأحدهما أفضلية على الآخر، بمعنى أنه لايجوز أن يسند إلى أحدهما اختيار جميع المحكمين دون الآخر.

وهذه القاعدة من النظام العام فلا يجوز النزول عنها الا بعد قيام النزاع(١) ويترتب على مخالفتها البطلان.

ويؤخذ على فكرة ترك الأمر لإرادة الأطراف، أن المحكم المختار بمعرفة الخصم يشعر بتبعيته له، وانتمائه إليه ويعتبر نفسه بمثابة محام يدافع عن وجهة نظره وعن مصالحه فى النزاع. وهو مايؤدى

(1) Cass. Cir. 7. Jan 1992. Rev. arb 1992 P. 470 et s.

إلى إهتزاز الحيدة والإستقلال ، والتّجرّد ، والنّزاهة ، الواجب توافرها فيه.

والمحكّم لايحلف إليمين، مالم يتّفق الأطراف على خلاف ذلك، والمحكم يعتبر قاضياً سواء كان محكّماً وفقاً للقانون أو العدالة، ولكنه لايتمتع بضمانات القاضى، وهو إذا امتنع عن عمله، لايعتبر منكر للعدالة، وإن كان يلتزم بالتعويض، إذ لم يتوافر لديه عذر لامتناعه(١).

وتحدد المادة ١٤٥٥ من قانون المرافعات الفرنسى دور مراكز التّحكيم الدّائمة عن طريق حظر أن يكون المحكّم شخصاً معنوياً، حتى ولو كان مؤسّسياً . ذلك أن المسألة تتعلق دائماً باختيار الأطراف.

ومع ذلك، فإن تعيين كل محكمّ ليس تصرّفا من جانب واحد، حتى ولو كان قد تم بمبادرة أحد الأطراف، ذلك أن هذا التعيين، وهو العنصر الجوهرى، فى اتفاق التحكيم المترتّب على الإرادة المشتركة للأطراف.

"l'arbitre doit voir son Pouvoir Proceder d'un actc unique et commun des volontés des parties à l'arbitrage"(2).

لأن المحكّين ليسوا أطرافاً فى اتفاق التحكيم، ومن ثم فلا يلتزمون بمباشرة إجراءات التحكيم إلا بقبولهم، ومؤدّى ذلك، أن هذا القبول من جانب المحكّمين لمباشرة التحكيم يتطلّب أن تكون هناك علاقة تعاقدية أخرى تخضع لقانون الإرادة، وتختلف تماماً عن اتفاق التحكيم وتستقل عنه.

---

(١) مايلى رقم ٩٤ هامش رقم (٢).

(2) Tron gr. ins- Paris 22 Mars-1993 cité Par Goldman J.C.I Der dr. int. Fasc 586-2 au Procedure civile

ويتعين أن يقبل المحكم المهمة المسندة إليه ولم تشترط قواعد القانون النموذجيّ للتّحكيم التّجارى الدوليّ الكتابة لقبول المحكم مهمته، كما ذهب التّشريع المصرى (م ٣/١٦) من القانون التّحكيم الجديد.

وعلى أية حال، فإن الكتابة ليست سوى شرط إثبات، ومن ثم فلا يلزم شكل معين لهذا القبول. ومن الجائز إثبات قبول المحكم للتحكيم بالإقرار أو إليمين ...

ويجوز أن يكون هذا القبول صراحة أو ضمناً.

وقد يراعى فى اختيار المحكّم أن يكون مرتبطا بوظيفة كعميد كلية الحقوق دون اعتداد بشخصه.

ويجب فى إطار تشكيل هيئة التحكيم، بيان أهلية المحكم، وإختيار المحكمين وردهم.

أهلية المحكم (١) :

٨٧- لايكفى توافر الأهلية المدينة التى تخضع للقانون الشخصى عند الفرد ليكون محكماً، إنما يلزم توافر شروط أخرى، هى شروط صلاحيته لممارسة العمل القضائى، مثل شرط الجنسية، أو شرط مزاولة مهنة معينة، أو مراعاة القيود الواردة فى القوانين الوطنية المختلفة: مثل ألا يكون المحكم قاصر أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً. فهذه الشروط تتعلق بالاختصاص بالتحكيم، ولها أثرها فى صحة الحكم أو بطلانه. وهى بهذه المثابة تخضع للقانون

(١) الدكتور عز الدين عبد الله، تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى فى القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة السنة (٦٩) ، العدد ٣٧١ يناير سنة ١٩٧ . ص ٥٤ .

الذى يحكم الإجراءات.

إختيار المحكمين :

٨٨- للأطراف الإتفاق على عدد المحكمين، وهم أما إن يتفقوا على قيام محكم واحد بالتحكيم، أو ثلاثة محكّمين.

فإذا لم يتفق الأطراف على قيام محكّم واحد بالتّحكيم، قام بالتّحكيم ثلاثة محكّمين (مادة ٢/١٠ من القانون النموذجى).

وقصد بهذا النّص أن يكون عدد المحكّمين وتراً، فيجوز أن تكون هيئة التحكيم مشكّلة من محكّم واحد أو ثلاثة أو خمسة.

وفى حالة قيام ثلاثة محكّمين بالتّحكيم، يحدّد كّل طرف محكّماً ويختار المحكّمان محكّماً ثالثاً، وهو يعتبر رئيس هيئة التّحكيم، وإذا لم يتمكن المحكّمان من اختيار المحكّم الثالث خلال ثلاثين يوماً، تولّت تعيينه الجهة المختارة(١) وفقاً للطريقة المتّبعة فى حالة إختيار المحكّم الواحد(٢).

وعند عدم تمكّن المحكّم من أداء مهمته، أو فى حالة وفاته، أو استقالته أثناء إجراءات التحكم، يعين محكّم بنفس الطريقة التى عينّ بها سلفه.

وتراعى سلطة التعيين أو المحكمة الإعتبارات التى من شأنها

---

(١) وقد منح المشرع المصرى فى المادة ١٧ من قانون التحكيم الجديد هذه السلطة لمحكمة إستئناف القاهرة فى حالة التحكيم التجاري الدولى أما التحكيم الداخلى فيعهد به إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع.

ضمان اختيار محكّم مستقلّ ومحايد(١) ، وأن تأخذ بعين الاعتبار أنه من المستحسن ألا يكون المحكّم من جنسية أحد الأطراف. ومؤدى ذلك أن إختيار محكّم من جنسية أحد الأطراف يكون صحيحاً متى توافرت فيه الحيدة والاستقلال. فلا يمنع أى شخص من العمل كمحكّم، مالم يتّفق الأطراف على خلاف ذلك.

وتنص المادة ٢/١٦ من قانون التحكيم الجديد على أنه «لايشترط ان يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك».

ومن المستحسن أن يكون المحكّم الوحيد الهيئة من جنسية مغايرة عن جنسية أطراف النزاع قرينة على توافر الحيدة والاستقلال وهذا هدف تقصده المادة ٣/٦ من نظام غرفة التجارة الوطنية.

وتهم هنا الإشارة إلى أنه لاتستطيع سلطة التعيين أن تمارس حق تعيين أحد الأشخاص إبتداء كمحكّم أو كمحكّم ثالث رئيس هيئة التّحكيم، ألا إذا تعذر الوصول إلى قبول شخص معين، تراعي فيه الحيدة والاستقلال الدائنة وهو مهمة قضائية لايمكن تفسيرها فى الاطار التعاقدى (٢).

ويكون القرار الذى تصدره المحكّمة أو السلطة التى حددتها الدولة-

---

(١) وقد حكمت محكمة باريس في ١٩٨٦/١/١٣ في خصومة تحكيم بين رب عمل ومقاول وكان رب العمل قد عين فيها محكماً . ثم أعاد تعينه في منازعة تحكيم أخري ، تتعلق بتسييل الكفالة المصرفية المقدمة من مكتب دراسات رب العمل بإن معرفة المحكم بالاجراءات السابقة، لا تعد من قبيل الوقائع التي تثير بذاتها شكوكاً حول حيادة في الدعوي الجديدة متي كان شخصه لم يكن محل منازعة جدية، واضافت المحكمة أن حكم التحكيم الأول أفصح عن مسئولية مكتب دراسات رب العمل رغم أن المكتب لم يكن طرفاً في حكم التحكيم الأول وهذا من شأنه أن يسمح باجابة طلب عزل المحكم (Rev arb 1987 . P. 63) (ومشار اليه في بحث الدكتور عكاشة عبد العال - بيروت ص ١٠)

(٢) د. هدى عبد الرحمن دور المحكمة فى خصومة التحكيم سنة ١٩٩٧ ص ١٥٢

التى تعتنق القانون النموذجى-بتعيين المحكّم نهائياً، وغير قابل للطعن (مادة ٥/١١ من القانون النموذجى).

ومن الجائز اتفاق الخصوم على تعيين محكّم واحد، يجهل القراءة والكتابة بشرط أن يعينوا شخصاً آخر لمجرد كتابة الحكم وتحرير الأوراق اللّازمة لمباشرة العملية (١).

ولايجوز عزل المحكّم إلا بتراضى الأطراف جميعاً. وهذه القاعدة تتمشّى مع إرادة الأطراف ، التى يقوم أساساً عليها التّحكيم التّجارى.

وفى نطاق غرفة التجارة الدولية، تختص هيئة التحكيم بالغرفة بالتصديق على اختيار المحكّم بمعرفة الخصوم. فهذه الهيئة لاتقوم بالتّحكيم بنفسها، وإنما تقوم بإدارته. ولها حق الإعتراض على المحكم وطلب ترشيح محكم آخر، وفضلاً عن ذلك فإنها تختار المحكم المرجح.

٨٩- ومن المقرر أن تحديد المحكم تنفيذاً لشرط التحكيم ، سواء أكان بمعرفة الأطراف أو كان بمعرفة محكّمين معينين سلفاً أو من منظمة تحكيم، تشكل جزءاً من إجراءات التحكيم، وهى تبعاً تكون محكومة بالقانون الذى يحكم الإجراءات وكذلك إجراءات السلطة العامة المحتمل تدخلها (٢).

ولاتقبل مسألة تعيين المحكمين لأن تكون محلاً للتحكيم.

٩٠- وإذا بطل حكم التحكيم لأى سبب من الأسباب، واتفق الأطراف على إجراء تحكيم جديد، فليس ثمة مايمنع من إختيار ذات المحكم الأول

---

(١) الدكتور شمس مرغنى : التحكيم فى منازعات المشروع العام ، ١٩٧٤ ، ص ٤٢١ .

(2) Repétoire de. dr. international. Dalloz. Par Francescakis t (1) no. 119.

محكماً مرة أخرى، طالما أن البطلان لايعزى إلى سبب يتعلق به.

وإذا توفى المحكم أو إستقال أو ، زالت صفته ، فلا يتقيد المحكم الجديد إلا بالأحكام القطعية التى صدرت فى شق من النزاع. أما الشق الآخر الذى لم يصدر فيه حكم فى الموضوع ، فإنه يتعين بشأنه إعادة سماع المرافعة الشفوية التى سبق تقديمها من جديد، متى كان من تم استبداله هو المحكّم الواحد أو المحكّم الرّئيسى.

ولايبطل الحكم بزوال صفة المحكم بالوفاة أو الاستقالة أثناء إجراءات التحكيم وقبل إتمام مهمته.

ردّ المحكم :

٩١- طلب الردّ هو فى حقيقته دفع ببطلان تشكيل هيئة التّحكيم. فيجوز ردّ المحكّم إذا وجدت ظروف تثير شكوكاً لها مايبررها حول حياده أو استقلاله. (م ١/١٨ من قانون التحكيم الجديد).

ومن ثم ، لاتخضع أسباب الردّ إلى قوالب جامدة أو نصوص محدّدة، بل يجب منح الجهة المنوط بها الفصل فى طلب الرد سلطة تقديرية واسعة، لتقييم مدى قوة الشكوك المثارة حول حيدة المحكّم ومدى نصيبها من الصّحة ، على ضوء الاعتبارات المحيطة بالمحكم والمصالح المشتركة أو المتضاربة.

٩٢- وقد ألزمت المادة ١/١٢ من القانون النموذجى للتحكيم التّجارىّ الدّولى على «الشخص حين يفاتح بقصد احتمال تعيينه محكماً ، أن يصرح بكل الظروف التى من شأنها أن تثير شكوكاً لها مايبررها حول حيدته واستقلاله» (١).

---

(١) ويلاحظ أنه إذا كانت الظروف التى تثير شكوكاً فى حيدة المحكم وإستقلاله تصلح أساساً للرد، فأن هذه العبارة العامة أو غير المحددة لاتصلح سببا لرد القاضى (الدكتور عكاشة عبد العال فى المفترضات الموضوعية والشروط الذاتية فى المحكم مذكرات بيروت ص ٢٤).

وهذا الالتزام الحتمىّ يعتبر شرط ابتداء وبقاء ، بمعنى يتعين على المحكم « منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم، أن يفضى بلا إبطاء إلى طرفى النزاع بوجود أى ظروف من هذا القبيل، إلا إذا كان قد أحاطهما علما بها ».

وللخصوم أن يثقوا فى عدالة المحكّم رغم الإفضاء لهم بهذه الظروف، وقد تضمنت المادة ٢/١٣ من القانون النموذجى سببا جديداً من أسباب الردّ، إذا تبين « أن المحكم لم يكن حائزاً لمؤهلات اتفق عليها الطرفان »، كما إذا اتضح أنه ليس لديه من الخبرة المطلوبة ماتؤهله للفصل فى النزاع بحسب طبيعته.

ولايجوز لأى من طرفى النزاع رد محكم عينه أو اشتراك فى تعيينه إلا لأسباب تبينها، أو لم يكتشفها إلا بعد تعيين هذا المحكم.

ولكى يتفادى المحكم إجراءات رده، يجوز له التّنحى عن نظر الدعوى دون إبداء أسباب، ولايعتبر التّنحى إقراراً منه بصحة الأسباب التى يستند إليها طالب الرد.

٩٣- وقد أجازت المادة ١/١٣ من القانون النموذجى للخصوم الإتفاق على طريقة رد المحكمين سلفاً.

وفى حالة عدم الاتفاق، فقد حرصت قواعد القانون النموذجى، فى المادة ١/١٣ منها على تحديد فترة زمنية يجب أن يتم خلالها طلب الرد، وهى ١٥ يوماً من تاريخ علمه بتعيين المحكم أو هيئة التحكيم، أو ١٥ يوماً من تاريخ العلم بالشكوك المثارة حول حيدة المحكم أو إستقلاله. وقصد بهذا الميعاد قطع دابر مسألة الرد فى أسرع وقت.

وتقضى معظم التشريعات الداخلية. إنه إذا كان سبب الرد أو عدم الصلاحية قائماً قبل تعيين المحكّم وكان الخصم عالما به، فإنه لايصلح طلبا للرد.

وتفصل هيئة التّحكيم فى طلب الرد (١). إلا إذا تنحى المحكم المطلوب رده، أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الرد.

وهذا حكم جديد لم يكن موجوداً فى قواعد الأمم المتحدة لسنة ١٩٧٦، التى كانت تسند هذا الإختصاص إلى سلطة التعيين. وكان يجب أن تنظر طلب الرد هيئة محايدة ، فلا يصح أن تنظر هيئة التحكيم فى طلب رد أحد أعضائها (٢).

ومع ذلك، فإن إتباع هذا الحل الجديد يتعذر متى كانت الهيئة مشكلة من محكم واحد، إذا يستحيل أن يفصل هذا المحكم فى طلب رد نفسه، ولايصح من حيث المنطق أن يعهد إلى هذا المحكم الفرد المطلوب

---

(١) ورغم أن المحكم يرد لنفس الأسباب التى يُرد بها القاضى، فإنه ليس ثمة مايمنع من أن يكون المحكم-فى ظروف معينة-قريباً لأحد الخصوم حتي يمكن فض النزاع فى محيط عائلى بعيداً عن جو المحاكم. ومن هنا، لاتطابق بين أسباب رد المحكم وأسباب رد القاضى.

(٢) وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٩ من قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٩٩ بعدم دستورية العبارة الواردة بالمادة المذكورة ... التى تنص على أن «فصلت هيئة التحكيم فى الطلب». وقد استندت المحكمة فى قضائها الى أنه «لايجوز أن يكون العمل القضائى موطناً لشبهة تداخل تجرده ... وكان النص الطعين قد خولّ هيئة التحكيم الفصل في طلب ردها لتقول كلمتها فيما يتعلق بذاتها، وينصب علي حيادها . وكان ذلك مما ينافي قيم العدل ومبادئه، وينقض مبدأ خضوع الدولة للقانون وينتهك ضمانة الحيدة التي يقتضيها العمل القضائي بالنسبة إلى فريق من المتقاضين، بينما هى مكفولة لغيرهم. فأنه بذلك يكون قد خالف أحكام المواد ٤٠، ٦٥، ٦٧، ٦٨، ٦٩ من الدستور » ...«ولاينال من ذلك أيضاً أن يكون المشرع قد جعل التقاضى فى خصومة رد المحكمين على درجتين».

«وأن إبطال المحكمة للنص الطعين، يقتضى تدخل السلطة التشريعية لاقرار نص بديل يتلافى العوار الدستورى السابق بيانه ...» (الحكم الصادر فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٨٤ لسنة ١٩ ق دستورية).

رده بالفصل فى مسألة تتعلق بحيدته وإستقلاله. وكانت قواعد الأمم المتحدة السابقة أفضل، حيث أنها كانت تعهد بذلك إلى سلطة التعيين.

وتضيف قواعد القانون النموذجى «أنه ريثما يفصل فى طلب الرد، يجوز لهيئة التحكيم، بما فى ذلك المحكم المطلوب رده، أن توصل إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار التحكيم».

وهذا المبدأ أكده قانون التحكيم الجديد (م ١٩/٤)

وهذا الحكم، وإن كان قد قصد به تفادى بطء إجراءات التقاضى، وعلى الأخص إذا ماتعلق الأمر بإثبات حالة مستعجلة يخشى زوال معالمها أو دليلها عن النزاع فيها، إلا أنه معيب. فما هو الحل إذا صدر حكم برد المحكم فى تاريخ لاحق لصدور الحكم الذى اشترك فيه هذا المحكم وعلى الأخص إذا كان هذا الحكم الصادر فى النزاع ضد مصلحة طالب الرد.

وطبقاً للمادة ٤/١٨ من قانون التحكيم اذا حكم برد المحكم سواء من هيئة التحكيم أو المحكمة عند نظر الطعن ترتب على ذلك اعتبار اجراءات التحكيم التى تمت بما فيها حكم التحكيم كأن لم يكن.

ولهذا، كان يجب وقف خصومة التحكيم حتى يفصل فى طلب الرد واللجوء إلى قاضى الأمور المستعجلة المختص فى أى إجراء عاجل يجب الإسراع فى اتخاذه. وذلك لتفادى صدور حكم تعلق بأحد أعضائه سبب من أسباب الرد أو عدم الصلاحية، مما يجيز الطعن فيه بالالغاء أو التمسك بعدم تنفييذه.

ولايبطل حكم التحكيم برد المحكم أثناء إجراءات التحكيم وقبل إتمام مهمته.

وعلى أية حال، لايجوز تقديم طلب الرد بعد صدور حكم التحكيم، لأنه إذا صدر حكم التحكيم لايكون الأمر حينئذ متعلقاً بالمحكم أو برده، إنما ينصرف إلى حكم التحكيم ذاته، فيمكن للخصم الذى يحتج عليه بالحكم، التمسك برفض طلب التنفيذ، إستناداً إلى أن تشكيل هيئة التحكيم كان معيباً لعدم صلاحية أحد الأعضاء الذى اشترك فى نظر النزاع وإصدار الحكم، وبالتالى وقع إخلال فى أحد ضمانات التقاضى الجوهرية المتعلقة بحيدة المحكم واسقلاله.

و هومايعيب الحكم بالبطلان المطلق ، الذى لايصححه حضور الخصوم أو تقديم طلبات أو مذكرات في الموضوع.

واستناداً إلى هذا المبدأ ، قضت المحكمة الامريكية العليا (١) ببطلان حكم تحكيم، كان قد أصدره محكم ثبت أنه كان يعمل مهندساً ، وأعطى استشاره هندسية قبل التحكيم لأحد الأطراف مقابل أتعاب.

كل هذا بشرط ألا يكون الطاعن المتمسك ببطلان على علم بوقوع المخالفة ، ولهذا رفضت محكمة استئناف باريس فى حكمها الصادر فى ١٩٩٤/٥/١٠ فى دعوى البطلان المرفوعة من الشيخ محفوظ عن حكم التحكيم الصادر فى ٢٢ يونية سنة ١٩٩٢ تأسيساً على وجود معرفة سابقة بين الطيار والمحكم الذى أصدر حكم التحكيم واستندت المحكمة فى هذا الرفض إلى أن المحكم كان معينا باتفاق الطرفين، وانه قد أقر فى مسألة حيدتة قبل مباشرة التحكيم إلى أنه تقابل مع الطيار منذ سنة سابقة فى أحد الاجتماعات المهنية، وأن الطاعن لم يتخذ من جانبه فى ذلك الوقت أي إجراء لرد الحكم. وهو مايعتبر بمثابة نزول ضمنى عن حقّه فى الاعتراض (٢).

(1) Rev . Arbi. 1969. P.69.
(2) Cour, appel . Paris 14 Mai 1994 Rev.arb, 1996. P.65.

٩٤ - وإذا رفض طلب الرد ، يكون للطرف الذى قدم طلب الرد يطعن فيه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره به أمام المحكمة أو السلطة الأخرى التى تحددها الدولة ، ويكون القرار غير قابل لأي طعن (مادة ٣/١٣) من القانون النموذجى.

وهذا الحكم جديد ولم يكن موجوداً فى قواعد الأمم المتحدة السابقة، وبداهة، لايجوز للمحكم الطعن فى حكم الرد، لأنه ليس طرفاً فى خصومة موجهة إليه.

ولاشك فى تحقق أسباب الرد، متى ثبت أن المحكم كان محامياً وافتى أحد الأطراف فى موضوع النزاع، أو كان المحكم يعمل فى شركة أو مؤسسة أو فى الدولة التى تعتبر طرفاً فى التحكيم. لأن هذه العلاقة توحى بالشك فى حيدة المحكم وإستقلاله.

وكذلك إذا أبدى رأياً فى النزاع أثناء نظر الدعوى، وقبل صدور الحكم، وأيضاً إذا كان المحكم من أرباب المهن أو الأنشطة التجارية المنافسة لأحد أطراف النزاع.

وقد حكم برد المحكم الذى يعمل محامياً شريكاً لمحام عن أحد الأطراف(١).

ولايجوز لأى من الطرفين رد المحكم الذى اختاره إلا لأسباب لم يتبينها إلا بعد تعيين هذا المحكم(٢).

---

(1) Cass. Civ. 16 juilet 1964, Rev. 1964 P. 125.

(٢) وإذا أعذر المحكم قبل البدء فى العملية، فلا مسئولية عليه. أما إذا أعتذر بعد البدء فى المهمة دون مسوغ أو مبرر مشروع، أو أبعد من قبل أحد الطرفين لأسباب غير مشروعة، جاز فى هاتين الحالتين مطالبته بالتعويض، متى ترتب على إنذاره أو إستبعاده ضرر بأطراف النزاع أو بأحدهم.

ولايجوز للدائن أو الكفيل أن يكون محكّماً فى خصومه بين المدين والغير ويجوز ردّ المحكمّ الذى كان دائناً أو مديناً لأحد الخصوم.

وتنص المادة ٤/١٩ من قانون التحكيم الجديد على أنه لايقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه فى ذات التحكيم .

علاقة المحكم بالنزاع:

٩٥- ومن المقرر أن حياد المحكم ضرورة لنجاح التحكيم الداخلى والدولى على حد سواء، فلا يصح للمحكم إتخاذ صورة «المحكم المحامى» ولايجوز له إتخاذه صورة «المحكم الخصم» وهذا المظهران شائعان فى دول العالم الثالث التى تأخذ بنظام التحكيم (١).

والمحكم مثل القاضى، فلا يجوز له أن يحكم متأثراً بمصالحه الشخصية، ويجب أن يفصل فى النزاع من واقع الأوراق، ولايقضى بمعلوماته الشخصية. ومع ذلك فإن هذه القاعدة الأخيرة يجب التخفيف منها فى مجال التحكيم، ذلك أن المحكم قد يكون من رجال الأعمال الملمين بالظروف والملابسات المعروفة فى الأوساط التجارية، والتى يستطيع من خلالها أن يعرف مايجري عادة بين التجار مما قد يكون له أثره الفعال عند الفصل فى النزاع. إذ أن أطراف النزاع والمحكمين يجمعهم نفس الوسط الفنى والإقتصادى. وفى الغالب يتم اختيار المحكم بسبب معرفته الفنية فى التحكيم المهنى، وعلى الأخص معرفته الشخصية بالسوق وخبرته بشئون التجارة الدولية، وعادات الفرع من النشاط المراد أن يتم الفصل فى النزاع بشأنه، وأن الأطراف يتوقعون من المحكم أن يعمل هذه العادات عند فحص النزاع، ومن ثم

---

(١) المستشار أحمد منير فهمى. دراسة موجزة للتحكيم التجارى الدولى ، ص ٥٢، ص ٥٦

فإن حكمه يعتبر بمثابة حكم الخبير المحكم "L'expert-arbiter" . ولهذا، فإن الأطراف- بوجه عام- غالباً مايتطلبون شكلاً معيناً لمحكمة التحكيم، تكون فيه المحكمة مشكّلة من اثنين من الفنيين، وأحد رجال القانون كرئيس للهيئة، بهدف تفادى الرجوع إلى أهل الخبرة (١).

وليس هناك مايمنع المحكّم من أن يكون وسيطاً للتوفيق متى طلب منه الأطراف ذلك. بخلاف وسيط التوفيق الذي تقتصر مهمته على المساهمة فى تسوية ودية للنزاع فحسب.

ويشترط بعض الفقه (٢) أن يكون الحكم الدولى صاحب فكر موضوعى بحيث يستجيب للثقافات المختلفة، ويستطيع أن يستجيب للنظم السياسية والاجتماعية المتغايرة، فلا يفصل فى النزاع متشبعاً بثقافة معينة، وعلى الاخص فقد ظهرت فى المعاملات الدولية الراهنة عقود جديدة مثل عقد نقل التكنولوجيا وعقود التعاون الصناعى التي طغت على العقود التقليدية مثل البيوع الدولية.

وتستلزم بعض هيئات التحكيم الدائمة، تعيين مساعدين قانونيين بجانب التحكيم، لإرشاد الهيئة إلى الإجراءات الواجب اتباعها، وإلى حكم القانون فى المسائل المعروضة، ويكون هذا النظام مفيداً إذا كانت هيئة التحكيم مشكّلة من فنيين ليس من بينهم أحد رجال القانون(٤).

---

(1) Claude Raymond : Des connaissances Personnelles de L'arbitre à son informatrice privilegiée, Rev. Arbi., 1991. P. 4 et s.

(٢) «لا ليف» مشار إليه فى مؤلف الأستاذ أحمد منيرفهمى ، دراسة موجزة للتحكيم التجارى الدولى، ص ٣٤ رقم ٦٥ .

(٣) الدكتور محسن شفيق : التحكيم الدولى - دراسة فى قانون التجارة الدولية، ١٩٧٣، ١٩٧٤ص. ١٤ رقم ١٥١

(٤) وتستلزم بعض التشريعات مثل التشريع التزويجى تعيين محكم إحتياطى ليحل محل المحكم الأصلى فى حالة وفاة هذا الأخير، أو عدم قيامه بالمهمة المنوطة به.

وتنتهى مهمة المحكم بصدور الحكم المنهى للخصومة، ولايجوز له بعد ذلك أن يتدخل فى عملية التنفيذ.

وعندما يتم التحكيم بواسطة مركز تحكيم تحكمه لائحة معينة ،فإن نصوص لائحة المركز هي التى تفرض على المحكم، ويُفترض أنه قد إرتضى الخضوع لها، ومخالفة المحكم لنص إيجابى من هذه اللائحة يمكن أن تعتبر بمثابة عدم تنفيذ المحكم لمهمته بما يؤدى إلى بطلان حكم التحكيم (١).

حيدة المحكم في إطار غرفة التجارة الدولية:

٩٥م- رغم أن اختيار المحكم عن طريق إحدى مراكز التحكيم، فإنه يبقى مستقلاً، فهو لايخضع لها فى حكمه من الناحية الفنية ويمتنع على منظمة التحكيم التدخل فى مهمته.

وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية فى ٧ أكتوبر سنة ١٩٨٧ (٢) بأن قضاء الحكم فى طلب الرد الصادر من محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية لايمكن تكييفه بأنه حكم تحكيم.

"ne pourvait être qualifieé de sentence arbitrale".

إذ يقع على عاتقها تنظيم التحكيم ، ولايحق لها أن تحل نفسها فى الوظيفة القضائية، فهو ليس حكماً من طبيعة قضائية.

"elle n'est pas par nature juridictionelle".

وقد هاجم M. Yassis (٢) بشدة فكرة تدخل محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية فى مشروع الحكم، علي أساس أنه يؤدى إلى المساس

---

(1) Jean robert et M. Bertrand. L'arbitrage... op.cit. P. 258 no 393.

(2) Rev. arb. 1987 P. 474 . Note Mezger.

(3) Clunet 1999 Année 126. P. 179 et 180.

باستقلال المحكم وسرية المداولة ومبدأ المواجهة، وقوة الشئ المحكوم فيه .

وقد رفضت محكمة استئناف باريس هذا الطعن المؤسس على فقد استقلال محكمة التحكيم استنادا إلى أنه قصد به الرغبة فى تسليم حكم قابل للتنفيذ، وأنه لايتحقق أى تدخل فى مهمة المحكم، أو فى تعديل حكم التحكيم (١).

وفى الحقيقة، فإن المحكّم يفقد استقلاله متى فقد حريته فى الحكم، لأن مثل هذا المساس يتحقق متى كانت مؤسسة التحكيم- بواسطة إحدى أجهزتها- فى مركز تفرض فيه على محكمة التحكيم حل النزاع، وهو ما نهت عنه المادة ٢١ من لائحة غرفة التجارة الدولية بل أن هذه اللائحة تنص على أن حرية المحكم ينبغى احترامها، ويجب أن تكون مصونة.

ويجب القول من ناحية أخرى، بأن المساس باستقلال المحكم يؤدى على نحو مؤكد إلى مسئولية مؤسسة التحكيم التى لم تحترم نصوص لائحتها، وتشكل من ناحية أخرى عيباً فى الحكم يجعله - بحق - قابلاً للبطلان بسبب مخالفته للنظام العام الدولى.

ويرتبط بهذه المسألة أيضا أن التزام منظمة التحكيم فى هذا الصدد، هو التزام بوسيلة، ولما كان من المتعين على محكمة التحكيم أن تسارع بالانتهاء من إجراءات التحكيم خلال المدة المحددة، فإن منظمة التحكيم يقع على عاتقها التزام إليقظة الذي يعتبر على نحو مؤكد التزاماً بوسيلة (٢).

---

(1) Clunet ... op. cit. P. 179,180.
(2) Clunet ... op. cit. P. 182 Note Loquin

ومن هذا القبيل عدم قيام مركز التحكيم باخطار المحكمين الغائبين.

وقد ذهبت محكمة الاستئناف إلى صحة شرط إعفاء محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية من كل مسئولية، فالعقد محكوم بالقانون الفرنسى، ومثل هذا الشرط صحيح من حيث المبدأ، إلا فى حالة الخطأ الإرادى، أو الخطأ الجسيم لمؤسسة التحكيم. أو إذا كانت هذه المؤسسة قد خالفت التزاماتها الأساسية، أو أخطأت فى تطبيقها، وهذا هو الحال.فيما إذا كانت منظمة التحكيم بسبب إهمالها أو تقاعسها لم تقم بتشكيل محكمة التّحكيم، أو تركت مدة التحكيم تنتهى دون مدُها، مما يجعل التحكيم مجرداً من كل فعالية (١).

أما الرقابة الشكلية، فلا تمّس الوظيفة القضائية للمحكم. وليس لها أدنى تأثير على الحكم، وإن التعديلات الشكلية التى قد تلحق بالحكم لاتؤثر فى حل النزاع، وهنا ، فإن حل النزاع النهائى يمثل الرأى الصحيح والحقيقى للمحكم (٢).

---

(1) Clunet ... op . cit.P. 181 et s.

(2) Clunet ... op. cit P. 180 note Loquin.

الفصل الثالث
القانون الواجب التطبيق
على مسائل الإجراءات

تمهيد وتقسيم :

٩٦- نعرض في هذا الصدد، لفكرة تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات. ثم لمبدأ كفالة حقوق الدفاع، ومدى التعاون بين هيئات التحكيم وسلطات القضاء ذلك أن المحكم يفتقر في بحث العديد من المسائل إلى السلطة القضائية مثل بعض المسائل الأولية والإجراءات التحفظية.

وبناء على ماتقدم، يتعين تقسيم هذا الفصل إلى المباحث الآتية :

المبحث الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق علي مسائل الإجراءات.

المبحث الثاني : مبدأ كفالة حقوق الدفاع.

المبحث الثالث : مبدأ التعاون بين التحكيم والسلطة القضائية في مسائل الإجراءات.

المبحث الأول
تحديد القانون الواجب التطبيق
على مسائل الإجراءات

تمهيد:

٩٧- نتصدى فى هذا الخصوص لقانون الإرادة ثم لقانون مقر التّحكيم، مع بيان أهمّية مكان التّحكيم التى تعتد به كثير من النظم الحديثة. ومن خلال هذه المسائل. نعرض للقواعد الإجرائية المتعلقة بالتّحكيم التّجارى الدّولى فى قانون المرافعات الفرنسية الجديد، وفى معاهدة نيويورك، ولائحة غرفة التجارة الدولية، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولى.

قانون الإرادة:

٩٨- يستطيع المحكّمون بحسب الأصل، أن يحددوا الإجراءات الواجب اتباعها، أيا كان المصدر التى تستقى منه هذه الإجراءات، بشرط ألا يتعارض ذلك مع اختيار الخصوم ومبدأ حقوق الدفاع وضمانات التقاضى. مع مراعاة الحدود التى يكون فيها القانون الإجرائى المحتمل التطبيق يتضمن نصوصا من النظام العام عند تشكيل محكمة التحكيم.

وقد اعتنق المركز الدولى للتحكيم بالقاهرة، ومحكمة لندن الدولية للتحكيم، القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، الذى يعتبر بمثابة قانون إجرائى مستقل، يتم على ضوئه التحكيم فى

مختلف مراحله بعيداً عن المفاهيم الإقليمية للقوانين الوطنية في الدول المختلفة، وبعيداً عن هذه القوانين القابلة للتعديل والإلغاء، وعدم الاستقرار، مما يعوق إجراءات التحكيم، وتقف عقبة فى سبيل التجارة الدولية.

وتستمد هذه القواعد قوتها من مبدأ سلطان الإرادة أو فكرة الخضوع الإرادى أو الإختبارى لها من جانب الأطراف.

ويعتبر التجاء الأطراف مراكز التحكيم التى تطبق قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجارى الدولى لحل منازعاتهم بطريق التحكيم، بمثابة قبول من جانبهم لهذه القواعد، وذلك بالقدر الذى لم يتناول به الأطراف تلك القواعد بالتعديل أو التكملة، أيا كان المصدر الذى تستقى منه هذه التعديلات، فهذه القواعد تسرى بالقدر وفى الحدود التى لم يبد الأطراف بشأنها أى تحفظ ما، والقواعد المكملة أو المعدلة التى يختارها الأطراف (١) تندرج فى تنظيم المراكز.

وتنص المادة الثامنة فى فقرتها الأولى من نظام غرفة التجارة الدولية على أنه «إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، فإنها تخضع لهذا النظام» ويطبق على التحكيم فى مثل هذه الأحوال ، القواعد الإجرائية السائدة فى المركز وقت التحكيم، وبهذا حكمت محكمة إستئناف باريس (٢) أنه «بالنسبة لشروط التحكيم الذى يمنح الإختصاص لغرفة التجارة الدولية، فإن نظام هذه *الهيئة* ، هو بالضرورة *السارى* وقت *إجراءات التحكيم*». ويجوز للأطراف أنفسهم تحديد الإجراءات الواجبة الاتباع بمعرفة

(1) Fouchard.. L'arbitrage commercial intrnational No 472. note (3)- Paris 15. Janv. 1985. Re arb. P. 87 note Mezger.

(2) Rev.arb. 1981. P 203 et s.

المحكمين، دون ثمة حاجة إلى الإشارة إلى قانون دولة ما، وقد تكون هذه الإشارة إلى قانون دولة ما جزئية. وإختيار الأطراف هنا يعد بمثابة إختيار قانون مادى يتم إدماجه فى إتفاق التحكيم (١).

وقد يعهد الأطراف إلى المحكمين إختيار القانون الإجرائى الواجب التطبيق الذى يرونه ملائماً، أو تكملة نصوص هذا القانون الإجرائى. وهو مايُخوِّل المحكم سلطة واسعة فى إدارة الإجراءات، وأن السلطة التى تمنح للمحكمين لتكملة النصوص الإتفاقية التنظيمية قد تستعمل بحيث لاتشير إلى قانون دولة ما، وهو إتجاه مميَّز يؤدى إلى عزل إجراءات التحكيم عن النطاق التقليدى لتنازع القوانين (٢) وفى هده الأحوال، لايكون هناك ثمة تنازع قوانين بالمعنى التقليدى بشأن القانون الإجرائى الواجب التطبيق.

ومن حق الأطراف الاتفاق على الإجراءات بعد تعيين المحكمين، ولهم كذلك فى التحكيم الحر "Ad-hoc" تغيير أو تعديل (٣) هذه الإجراءات بما يجعلها أكثر مرونة، وذلك عندما يرون فى هذه الإجراءات مخاطر نظام غير معروف أو معقد، ذلك أن الأطراف فى هذه الخصوص يعتبرون بمثابة المشرعين لأنفسهم.

٩٩- وقواعد القانون النموذجى تتميز بالمرونة. بحيث تتيح للأفراد حرية واسعة فى اختيار المحكم، وتحديد مكان التحكيم.

وتسرى هذه القواعد الإجرائية أيا كان مكان التحكيم.

---

(١) الدكتور هشام صادق.
Sur Les Régles applicables à la procédure commercial international. oct. 1993. P.7 No 13.
(٢) الدكتو هشام صادق. المذكرات السابق ص ١٠ رقم ١٧ .
.(3) fouchard. J.c.I.dr. international Fasc. 585. I. ou procedure civile. Fasc. 1050. P. 12. No 44.

وبصفة عامة، فإن جيمع المعاهدات التى تنظم التّحكيم. تجعل تحديد الإجراءات أساسها حرية الأطراف.

وإذا كان يشترط فى إطار الاختصاص القضائى الدولى وجود رابطة جدية بين المحكمة المختارة والنزاع المطروح عليه، سواء قامت هذه الرابطة على مكان التنفيذ، أو جنسية الأطراف أو موطنهم، فلا يلزم وجود هذه الرابطة فى اختيار الإجراءات بين نزاع التحكيم، والمكان الذى ينعقد فيه، ذلك أن المحكم بعيد عن الروابط التي تربط القاضى بالدولة.

قانون مقر التحكيم:

١٠٠- وإذا كان من المقرر أن هناك تباعداً بين مجال قواعد التحكيم الداخلية التى يقتصر تطبيقها على التحكيم الداخلى دون التحكيم الدولى الذى يخضع فى أحكامه الإجرائية لقانون الإرادة أو القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى أو لنظام التجارة الدولية، ومع ذلك فإنه يتعين الرجوع إلى النظام القانونى السائد فى دولة مقر التحكيم بالقدر اللازم عند عدم كافية القواعد الإجرائية المطبقة ، أو لسد ما قد يشوبها من قصور عند سكوتها.والرجوع إلى قانون دولة مقر التحكيم إنما يأتى فى المقام الثانى وبصورة تكميلية أو إحتياطية(١).

وهذا يجب دائما الرجوع للقواعد الآمرة فى الدولة التى يتم التحكيم على إقليمها مثل تلك المتعلقة بكفالة حقوق الدفاع.

وهو ماتنص عليه المادة (١٧) من نظام غرفة التجارة الدولية من

(1) Note Fernand charles sous Cour d'Appel de Paris 9 Dec. 1980. Rev Arb., spéc. P. 313.

وجوب التّحقق من أن القواعد السارية فى مكان التحكيم لم تخالف.

وجرى القضاء الفرنسى (١) على أن قانون الإرادة هو الذى يحكم إجراءات التحكيم، بل وسمح للإرادة إختيار أكثر من قانون لحكم الإجراءات. واتّجه هذا القضاء أيضاً إلى أن إختيار مقر التحكيم أى البلد الذى يباشر فيه المحكمون مهمتهم، قد يعتبر دليلاً على إختيار قانون هذا المقر ليحكم إجراءات التحكيم.

وهذا هو ما خلصت إليه هيئة التحكيم فى حكمها المؤرخ ١٠ أكتوبر ١٩٧٣ فى النزاع بين الحكومة الليبية وشركة البترول الإنجليزية، من تطبيق قانون دولة مقر التحكيم، وهو القانون الدانمركى، على إجراءات التحكيم (٢).

وطبقاً للمادة ١٤٩٤ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد، فإن الإجراءات ينظمها إتفاق التحكيم، وفى حالة سكوت الإتفاق فإن المحكم هو الذي يتولي تحديدها. واتفاق الأطراف يكون له الصدارة أو الأولوية أما تحديد المحكم للقانون الإجرائى، فلا يكون إلا بصفة إحتياطية أو تكميلية (٣).

وتنّص المادة (١١) من نظام غرفة التجارة الدولية فى شأن القواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات على «أن القواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات أمام المحكم هى تلك المستمدة من هذا النظام. وعند

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله: تنازع القوانين فى مسائل التحكيم التجارى الدولى فى مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، السنة (٦٩) العدد (٢٧١) يناير ١٩٧٨، ص ٥٧ .

(٢) مشار إلى فى : الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم فى التحكيم الدولى الخاص ص ٨٠٢ ومابعدها.

(3) J.C.L. dr.international- Fasc 585-2. P. 22. No. 240.

سكوتها عن معالجة أمر معين. فيجب تطبيق القواعد التي تحددها الأطراف، وعند انتفاء تحديد الأطراف يتولى المحكم تحديدها سواء أحال فى شأنها إلى قانون إجرائى وطنى أو لم يحل إليه (١).

ومن المستحسن أن يتّم اختيار مكان للتحكيم فى دولة ترتبط بمعاهدة مع الدولة التى يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم عند صدوره(٢).

١.١- وقد اتجهت معاهدة نيويورك التى تعتبر جزءاً من التشريع المصرى إلى وجوب الرجوع فى شأن الإجراءات إلى قانون الإرادة. وعند تخلف الإرادة الصريحة يتم تركيز الإجراءات في دولة المقر، ويحكمها قانون هذه الدولة. أى قانون الدولة التى أتخذت فيها هذه الإجراءات (مادة ٥ فقرة إبتداء)، والاعتداد بقانون مقر التحكيم يفيد أن معاهدة نيويورك قد أكدت فى إستادها الإحتياطى الطابع القضائى للتحكيم (٣).

وإذا ثار الشك فى إمكان تحديد هذا المقر لتعدد جلسات الاستماع، فإنه الإعتداد بقانون البلد الذي صدر فيه الحكم(٤).

١.٢ - قد يكون مركز التحكيم وطنياً. وتوجب لائحته خضوع الإجراءات لقانون مقره.

وتقضي بعض القوانين الداخلية بخضوع إجراءات التحكيم إلى

---

(1) J.C.L. op cit. No. 241.

(٢) د. أحمد شرف الدين. التحكيم فى منازعات العقود الدولية . ص ٣٢ .

(٣) وهذا على خلاف إتفاقية چنيف الأوربية سنة ١٩٦١ التى لم تعتبر مقر التحكيم فى أية حالة ما معياراً لتطبيقها أو عدم تطبيقها.

J.C.L. dr. international privé. Fasc 585-2-P.9. No. 154.

(4) Robert Arbitage civil et commercial. edit. 4. 1967 No. 344. 345.

قانون البلد الذي يجرى التحكيم على إقليمه. ومن هذا القبيل القانون الهولندى سنة ١٩٨٦، إذ يقرر أن قواعد إجراءاته تطبق على كل تحكيم يجري على إقليمه. دون تفرقة بين ما إذا كان التحكيم داخلياً أم دولياً.

وقد إعتنق نفس الحل القانون الفيدرإلى السويسرى الجديد بشأن القانون الدولى الخاص المؤرخ ١٨ ديسمبر سنة ١٩٨٧، إذ وضع نصوصاً خاصة بالتحكيم الدولى تطبق عليه إذا كان مقر التحكيم كائناً فى سويسرا، وفى إطار هذا الإتجاه، فإن الأطراف لايمكنهم سوى استبعاد القواعد المكملة لقانون مقر التحكيم، وأن التحكيم يجب أن يخضع للقواعد الآمرة التى يسنها القانون الإقليمى فى هذه المسألة (١).

وإذا كانت الطبيعة القضائية للتحكيم تتعارض تماماً مع إرادة الأطراف، فإن M.Sauser-Hall وهو من أنصار القانون الإجرائى لمقر التحكيم. لايتردد فى إضفاء الطابع الإتفاقى على التحكيم (٢).

وتنص المادة ٢/١ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى على أنه ينطبق أحكام هذا القانون فقط إذا كان مكان التحكيم واقعاً فى إقليم هذه الدولة التى إعتنقته (٣).

أهمية مكان التحكيم :

١.٣- والأصل أن يتّفق الأطراف على مكان إجراء التحكيم، والغالب أنهم يضمنون هذه المسألة اتفاق التحكيم.

---

(١) الدكتور هشام صادق Concl. sur Les règles applicables à la procedure commercial international. Oct. 1993. P.4.

(٢) الدكتور هشام صادق المذكرات السابقة ص ٤ .

(٣) وفى إطار القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى فإن نصوص المواد ٣٦،٣٥،٩،٨ منه تنطبق إيا كان مكان التحكيم.

وإذا حدث ولم يتفق الأطراف على مكان التحكيم، تولت هيئة التحكيم تحديد هذا المكان مع مراعاة ظروف التحكيم.

وهذا هو مانصت عليه المادة ١٢ من لائحة غرفة التجارة الدولية وتنص المادة ٢٠ من قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجارى الدولى على أن «للهيئة أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسباً لمعاينة البضائع والأموال، أو لسماع الشهود والخبراء. أو فحص المستندات، ويجب إخطار الطرفين بوقت كاف قبل ميعدا المعاينة أو الفحص للحضور، مالم يتفق الطرفان على غير ذلك.

ومكان التحكيم له أهميته، فغالبا مايتحدد على ضوئه القانون الواجب التطبيق على بعض مسائل التحكيم.

ومكان إجراء التحكيم الذى يصدر فيه الحكم يبين ماإذا كان قد تحقق فيه وصف الأجنبية بالمعنى السابق بيانه (١) التي تجعله خاضعاً فى اجراءات تنفيذه لمعاهدة نيويورك.

ولعل هذا هو مادفع المشرع المصري إلى النص فى المادة ٢٩٩ مرافعات على أنه «تسرى أحكام المواد السابقة (الخاصة بتنفيذ الأحكام) على أحكام الحكمين الصادرة فى بلد أجنبى».

ويمكن أن يتفق الأطراف على أن يكون التحكيم فى الخارج على يد أشخاص غير مصريين، لأن حكمة تشريع التحكيم تنحصر فى أن طرفى الخصومة يريدان بمحض إرادتهما وإتفاقهما تفويض أشخاص ليس لهم ولاية القضاء فى أن يقضوا بينهما. لأن الأمر هنا ليس من أعمال السلطة القومية الأجنبية، ولكنها نتيجة عقد اتفاق بين

(١) ماسبق رقم ٢٣ .

شخصين على حسم النزاع بمحض رضائهما واختيارهما (٢).

فالتحكيم فى الخارج صحيح طبقاً للقانون المصرى (٢). ولايعنى الاتفاق على إجراء التحكيم فى الخارج إستبعاد القانون المصرى متى كان قد نص على تطبيقه. ومتى صدر الحكم فى الخارج، فإنه يعتبر بمثابة حكم أجنبى بالمفهوم السابق فى شأن تنفيذه فى مصر (٣).

وقد وضعت اتفاقية نيويورك قاعدة إسناد غير مباشرة فى المادة (١/٥) تنص على أنه لايجوز تنفيذ حكم التحكيم الا إذا كانت الإجراءات قد تمت وفقاً لقانون الإرادة، وعند تخلف الإرادة وفقاً لقانون المكان الذى جرى فيه التحكيم (٤).

---

(١) نقض مدنى ١٣ أبريل ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض العدد (٧) ص ٥٢٢ ونقض مدنى ٥ مارس ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض العدد (٢٦) ص ٥٣٥ .

(٢) نقض مدنى ١٣ يونية ١٩٨٣ مجموعة أحكام النقض س ٣٤ العدد (٢) ص ١٤١٦ رقم ٢٧٩ .

(٣) ماسبق رقم ٢٠ .

(٤) مايلى رقم ٢٤٩

المبحث الثانى
مبدأ كفالة حقوق الدفاع
لأطراف النزاع على قدم المساواة

تمهيد :

١٠٤- وتندرج فى هذا المبدأ. مبدأ المواجهة بين الأطراف "principe de contradictoire" وتبادل المذكرات.

ويعتبر هذا المبدأ من الأسس الجوهرية التى يقوم عليها نظام التقاضى بوجة عام . والمتعلق بالنظام العام، سواء في الدولة التي يتم علي إقليمها التحكيم ، أو تلك التي يتم علي إقليمها التنفيذ.

ونتصدي في هذا الخصوص لسائر الإجراءات الأخري المتعلقة ببدء خصومة التحكيم ، واللغة ، وقواعد الاثبات، ومسألة الإحالة للإرتباط أو لوجود ذات النزاع بين القضاء والتحكيم، ومواعيد تقديم أوجه الدفاع والمستندات وتعديل الطلبات، ومعياد إصدار الحكم، ومبدأ إنقطاع سير الخصومة ومدى إمكان إعماله فى نطاق خصومة التحكيم.

أما بالنسبة لتسبيب الأحكام، فنعرض له فى إطار حكم التحكيم(١).

أهمية المبدأ :

١٠٥- هذا المبدأ نص عليه القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى بهدف تحقيق ضمانات التقاضى، إلا أنه يتعين مراعاته بغير نص، ويترتب على إهداره بطلان حكم التحكيم وعدم الإعتراف به

---
(١) مايلى رقم ٢٢١

وتنفيذه. وذلك أنه من المقرر أنه لايكفى للإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم. أن تكون الإجراءات قد روعيت بمعرفة المحكمين كما أرادها الأطراف- بل يلزم كذلك أن تكون الإجراءات المذكورة لاتتضمن أية مخالفة للنظام العام فى هذه المسألة وعلى الأخص فى شأن احترام حقوق الدفاع وعدم الإخلال بها (١).

ويقضى مبدأ المواجهة أن تمنح هيئة التحكيم الفرصة الكافية المعقولة لكل خصم لابداء دفاعه ودفوعه سواء فى الواقع أو القانون.

ويعتبر من قبيل الإخلال بحق الدفاع السماح لأحد الطرفين بتوكيل محام وحرمان الطرف الآخر من هذا الحق، ومناقشة أحد الطرفين وسماع دفاعه فى غيبة الطرف الآخر.

فإذا كان الإقرار الذى تلقاه المحكم من الغير قد تم الاستناد إليه فى الحكم، ولكن لم يتم إحاطة الإطراف به علماً، فإن الحكم يكون مخالفاً لمبدأ المواجهة بين الأطراف أو حقوق الدفاع. وتتحقق المخالفة أيضاً. متى كان هناك نزاع بين الشركاء، وتم سماع شريكين آخرين بعيداً عن الأطراف، دون إبلاغ الأطراف نتيجة هذا الإستماع حتى ولو كان الأطراف قد علموا بموقف الشهود (٢).

ويتعين كفالة حقوق الدفاع فى إطار النظام للدولة التى يتم على إقليمها التحكيم، والنظام العام فى الدولة التى يتم على إقليمها التنفيذ.

أ- كفالة حقوق الدفاع فى إطار النظام العام فى الدولة التى يتم التحكيم على إقليمها :

(1) Réper. de dr. international. publiée sous la directien de n. Francescakis Tome (1) 1968 Dalloz Arbitrage (dr.int, priv.) P. 133. No 258.

(2) Jean Robert et M Bertrand Moreau L'arbitrage en dr. inter. dr. international. Dalloz. 66d 1993 P.300 No. 343.

١٠٦- يوجب النظام العام فى الدولة التى يتم على إقليمها التحكيم ضرورة احترام القواعد الآمرة فى قانون مقر التحكيم وتقديم الأدلة، وفقاً للقواعد التى تسرى على الإجراءات المتفق عليها سواء من الإطراف أو نظام مركز التحكيم، ومنها وجوب نظر النزاع فى مواجهة الخصوم، وإتخاذ الإجراءات بحضور جميع أعضاء هيئة التحكيم (١). ومن المتعذر إستبعاد متطلبات النظام العام (٢) وماتقضى به نصوص النظام العام فى مكان التحكيم أو تفاديها (٣).

وهذا المبدأ مقرر فى جميع أنواع التحكيم وطنية كانت أم دولية.

وذلك حتى يمكن تفادى تعارض قواعد التحكيم مع بعض القوانين الوطنية الآمرة، التي قد تفرض شروطاً أو قيوداً على منازعات التحكيم إذا ماتم نظرها على إقليمها. ومثل هذه الأقاليم تتطلب أن تتمشى التحكيم الدولية مع قوانينها الآمرة.

وعلى ذلك، يلتزم المحكم فى إطار الإجراءات بالقواعد الإجرائية الجوهرية التى تتعلق بالنظام العام التى يفرضها مكان التحكيم، ويجب عليه أن يتقيد بها، ولايجوز مخالفتها (٤).

---

(١) ولكن لاتتحقق أية مخالفة لمبدأ المواجهة بين الأطراف عندما يقوم محكم واحد بتنفيذأعمال التحقيق متى كان إجراء التحقيق بمعرفة جميع المحكمين لاتتعلق بالنظام العام.

Jean Robert ... op. cit P. 301 No. 344.

(2) obs. Sous sentence rendue dans l'Affaire No. 4392 en 1983, C.C.I., Clunet 1983 . P. 969.

(٣) وإذا كان النظام العام الداخلى ليس له فى مسائل التحكيم الدولى إلا أثراً يماثل فكرة النظام العام الدولى، فإن القضاء قد أجبر المحكم الدولى على إحترام النظام العام الداخلى (نحو التطور الحديث لقضاء المحكمة فى الولايات المتحدة.

The Carbonneau, l'arbitrage en droit american. Rev. arb. P.27028 Note 88)

(٤) ولايترتب أية مخالفات على تنفيذ أعمال التحقيق بمعرفة أحد المحكمين، لأن قاعدة إجراء التحقيقى بمعرفة جميع المحكمين ليست من النظام الدولى.

Mezger, Paris 27 A vr. 1985. Rev. aeb. 1985. P. 175. note Mezger.

وفى إطار قواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، إذا إقتضى الأمر تبديل المحكم الواحد. أو المحكم الرئيسى، وجب إعادة سماع المرافعة الشفوية التى سبق تقديمها، ولهيئة التحكيم أن تقرر عدم الحاجة إلى المرافعة، والإكتفاء بالأوراق والمستندات، متى رأى الأطراف ذلك، ووجدت فى أوراق الدعوى وعناصرها. مايكفى لتكوين عقيدتها فى الفصل فى النزاع.

وطبقا للمادة ٢٥ / أ من القانون التجارى النموذجى «إذا تخلف المدّعى عن تقديم بيان دعواه، وجب على هيئة التّحكيم إنهاء إجراءات التّحكيم إلا إذا أتفق الطرفان على خلاف ذلك، أو حدث عذر كاف.

أما إذا تخلف المدّعى عليه عن تقديم بيان دعواه. تواصل هيئة التحكيم الإجراءات ،دون أن يعتبر هذا التخلف في حد ذاته قبولاً لإدعاء المدعى (مادة ٢٢ / ب) وللهيئة أن تقضي فى الموضوع إستناداً إلى ماتوافر لديها من أدلة.

ويدخل فى عدم إخترام حقوق الدفاع :

- إغفال سماع شاهد (١) له أهميته فى النزاع إلا إذا كانت شهادة هذا الشاهد مدونة فى إقرار بخطه ضمن مستندات الدعوى، واستخلصت منها هيئة التحكيم ماهو مطلوب منها فى الخصومة.

- عدم إطلاع الخصم على مستندات المقدمة من الطرف الآخر، أو على مذكرة منتجة فى النزاع. أو عدم إطلاعه على تقير الخبير أو عدم إعلانه بجلسات المرافعة أو المعاينة (٢).

(١) وطبقاً لقانون التحكيم المصرى الجديد. يكون سماع الشهود والخبراء دون حلف يمين (م ٤/٣٣).

(٢) والبطلان الناشئ عن عدم دعوة الخبير للخصوم نسبى لايفيد منه إلا الخصم الذى تقرر لمصلحته (نقض مدنى ١٩٦٩/١٢/٤ س ٢٠ ص ١٢٥٨).

تجاهل قاعدة عدم قضاء القاضى بعلمه الشخصى فى نطاق التحكيم، إلا إذا كان ذلك ناشئا من تخصص المحكم الفنى الذى روعى فى اختياره من اجل الفصل فى النزاع.

- عدم تمكين المدعى عليه من إبداء طلبات عارضة ناشئة عن نفس الطلب ، مثل طلب المقاصة القضائية.

ومع ذلك إفتراض القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، أن الطرف الذى يعلم أن حكماً من هذه الأحكام قد خولفت، ويستمر مع ذلك في التحكيم دون أن يبادر الي الاعتراض علي المخالفة، يعتبر أنه قد تنازل عن حقه فى الإعتراض، بمعنى أن حقه فى الإعتراض يسقط ولايجوز له الإعتراض على الأجراء عند تنفيذ الحكم (م ٤) ، ذلك أن سكوت الخصم عن الاعتراض على الإجراء مع قدرته على إبدائه يعد قبولاً ضمنياً له (م ٨ من قانون التحكيم).

ويجب على الخصم الآخر المدعى عليه فى دعوى البطلان أن يثبت علم المدعى بالمخالفة.

وبداهة لايجوز أن يتمسك بمخالفة الإجراء الا من شرع هذا الإجراء لمصلحته أو من يقوم مقامه

وهذا النص لاينصرف إلى نصوص النظام العام مثل حقوق الدفاع اذ لايملك الخصم النزول عنها.

ويشترط فى الدليل المقدم، حتى يكون جوهرياً (١)، أن يكون على صلة بموضوع النزاع، أى متعلقاً به. أما إذا انتفت هذه الصلة، فلا يكون

---

(٣) وبهذا قضت محكمة النقض المصرية فى ٣ ديسمبر ١٩٨٦ بأنه يجب أن يشتمل حكم المحكمين علي ملخص أقوال الخصوم، ألا أنه لايترتب على إغفالها بطلان الحكم. إلا إذا ثبت أنها كانت تتضمن دفاعاً جوهرياً، ومؤثراً فى النتيجة التى إنتهى إليها حكم المحكمين، بمعنى أنه هيئة التحكيم لو كانت قد بحثته لجاز أن تتغير به هذه النتيجة، إذ يعتبر ذلك قصوراً فى أسباب الحكم الواقعية مما يترتب عليه البطلان (مجموعة المكتب الفنى س ٣٨ ص ٩٢٦ رقم ١٨٩).

هناك إخلال بحقوق الدفاع.

وهيئة التحكيم هي التى تقرر مدى توافر هذه الصلة.

ب- كفالة حقوق الدفاع فى إطار النظام العام للدولة التى يتم التنفيذ على إقليمها:

١٠٧- يستطيع الخصم فى الدولة التى يتم فيها التنفيذ، أن يثبت أنه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم، أو بإفتتاح إجراءات التحكيم، أو أنه لم يقدم دفاعه (مادة ٥ فقرة (١) بند (د) من الإتفاقية) ، أو أن تشكيل هيئة التحكيم لم يكن مطابقاً لما تم الإتفاق عليه، أو لقانون البلد الذى تم فيه التحكيم فى حالة عدم الإتفاق (قانون مقر التحكيم).

والإفتئات على قواعد التقاضى قد يأخذ صورة الغش فى الإجراءات المتبعة بحيث تجرد أحد الطرفين من حقه الدفاع. وهو بذاته يعد متعارضاً مع النظام العام فى دولة التنفيذ. وفى هذه الحالة، يجب على السلطة المختصة فى مكان التنفيذ أن تأمر من تلقاء نفسها برفض تنفيذ حكم المحكم لهذا السبب.

ذلك أن هذه المسائل تعَد دون خلاف من الضمانات الجوهرية المتعلقة بحقوق الدفاع. ولايختلف فيها مضمون فكرة النظام العام الداخلى عن مفهوم النظام الدولى، أى اطار تنازع القوانين، إذ أن الأمر لايرتبط فى هذا الصدد بقانون معين، بقد مايعبِّر عن فكرة عالمية، تمليها مبادئ القانون الطبيعى بغير حاجة إلى نص وضعى أو تشريعى.

وعلى ذلك، فإن حكم التحكم الأجنبى وإن كان لايتعارض مع النظام المصرى من حيث مضمون ماقضى به، فإنه لايكون قابلاً للتنفيذ فيها متى كان يتعارض من النظام العام المصرى فى اجراءات إصداره، أى

فى المقتضيات الأساسية للعدالة الإجرائية إذ لايمكن إطلاقاً التمسك بفكرة الأثر المخفف للنظام العام، متي كان حكم التحكيم الأجنبي قد صدر بالمخالفة لبعض القواعد الإجرائية الجوهرية، لأن الحق المكتسب فى هذه الحالة لا يستأهل الحماية.

بدء إجراءات التحكيم :

١٠٨- طبقاً لنص المادة من القانون النموذجي للتحكيم التجارى الدولى، تبدأ إجراءات التحكيم في النزاع منذ إليوم الذى يتسلم فيه المدعّى عليه طلباً بإحالة هذا النزاع إلى التحكيم، مالم يتفق الطرفان عل خلاف ذلك (١).

وتنص المادة (٣) من لائحة غرفة التجارة الدولية على أن يعتبر يوم تلقى أمانة الهيئة الطلب تاريخاً لبدء إجراءات التحكيم.

اللغة :

١٠٩- وضعت قواعد القانون النموذجي، قاعدة مرنة فى شأن اللغة التى تستخدم في الإجراءات، فأجازت للأطراف حرية اختيار اللغة التى تستخدم فى الإجراءات والجلسات والمرافعة وكل بيان مكتوب.

مع الأخذ فى الاعتبار باللغة التى يعرفها المحكم، ولغة العقد محل النزاع.

فإذا لم يتفق الأطراف على اللغة المستخدمة فى سير النزاع. وفى المرافعة الشفوية، وفى مذكرة الخصوم، لاتشكل فى حد ذاتها إخلالاً بالنظام العام بمفهومه الدولى. طالما أن إستخدام هذه اللغة لم يترتب عليه أى إخلال بحق الدفاع.

(١) وهذا هو ماتنص عليه المادة (٢٧) من قانون التحكيم الجديد.

نظام الإثبات :

١١٠- يلاحظ أن القواعد المتعلقة بتحقيق الدليل فى النظام الأنجلوسكونى تختلف كثيراً عن تلك الخاصة بالنظام الألماني، فهى أكثر مرونة وحرية من المستندات المكتوبة، ولهذا ، فإن الجمعية الدولية للتحكيم "I.B.A."إعتنقت سنة ١٩٨٣ قواعد مكملة للإثبات، . تتعلق بالعادات المتبعة في"Règles commentaire de preuve" التحكيم الدولى وفى حدود السلطة التقديرية للمحكم (١). ويمكن القول بأن نظام الإثبات فى البلاد اللاتينية هو طريقة الإثبات بالكتابة تكملها الشهادة، أما فى البلاد الأنجلوسكونية هو نظام البحث عن السوابق.

ويملك المحكم اتخاذ إجراءات الإثبات المتعلقة بخصومة التحكيم سواء كان ذلك من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب أحد الخصوم، متى كان ذلك لازما للوصول إلى الحقيقة.

إدارة الإثبات أمام المحكمين :

١١٠م – يطبق قانون الموضوع علي عبء الإثبات وموضوعه.

وبالنسبة لإدارة طرق الإثبات (الإثبات بالكتابة أو بالشهود)، فإن قانون مكان التصرف وقانون القاضى (٢)، يمكن تطبيقهما بأوصاف مختلفة.

---

(1) Year book. commercial arbitration. 1985. P. 152.

(٢) ونظراً لتخلف قانون القاضى بالنسبة للتحكيم التجارى الدولى، يقصد بقانون القاضى هنا، قانون المكان الذى يجرى فيه التحكيم، وفى حالة إنتفاء تحديد هذا المكان، يطبق قانون المكان الذى صدر فيه حكم التحكيم أو الذى كان يتعين أن يصدر فيه.

وقد أسندت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٨١ (١) قبول طرف الإثبات إلى قانون القاضى، دون المساس بحق الأطراف أيضاً فى التمسك بقواعد إثبات المكان الأجنبى للتصرف.

وهذا الحل رددت المادة ٢/١٤ من إتفاقية روما.

وفيما يتعلق بقوة طريقة الإثبات المقبولة. فإنه يجب التمييز بين قوة الإثبات بالكتابة، ومجموع طرق الإثبات بغير الكتابة، فإن الأولى- كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية (٢) يحكمها قانون مكان التصرف. أما الثانية، فإنها تخضع برمتها إلى قانون القاضى.

فإذا تعلق الأمر بإدارة الإثبات- وعلى الأخص، الطرق التى بمقتضاها يتم سماع الشهود - فإنها تخضع لقانون القاضى.

ومن المفهوم. أن المبادئ المشار إليها لاتطبق الا إذا كان القانون الفرنسى هو الواجب التطبيق.

أما نظام مراكز التحكيم الدولية، فهو يعتنق طريقاً مرناً، يفتح المجال لإختيار الأطراف.

وفى مصر، فإنه القانون الذى نشأ التصرف فى ظله، هو الذى يجب أن يحكمه من حيث اثباته.

أما إذا تم تطبيق قانون مستقل عن القوانين الوطنية، سواء بمعرفة الأطراف أم المحكّم فإن عادة المكان الذي تجرى فيه الاجراءات، هى التى تحكم طريقة الاثبات.

(1) Jean Robert et Bertrand Moreau L'arbitrage ... op. cit. P. 270.

(2) Jean Robert ... op. cit. P. 271.

الإحالة للإرتباط أو لوجود ذات النزاع بين القضاء والتحكيم :

١١١- إن الإحالة بالمعنى الدقيق "La litispendance" للارتباط أو لوجود ذات النزاع بين القضاء والتحكيم، لايمكن أن تثور إلا بين جهتى قضاء فى دولة واحدة، أو بين دولتين مختلفين. متي كانت قواعد الإختصاص القضائى فى قانون القاضى تسمح بذلك للفصل فى ذات النزاع (١) ، ومن ثم لاتثور فكرة الإحالة بين قضاء التحكيم وقضاء الدولة بسبب أن إختصاص كل منهما لايتوقف إلا على عنصر وحيد، وهو وجود ، وصحة ، ونطاق إتفاق التحكيم (٢).

تعديل الطلبات والطلبات العارضة:

١١٢- لكل من الخصوم تعديل طلباته. بشرط ألايكون من شأن هذا التعديل إخراج الطلب عن نطاق التحكيم . لأن التعديل يجب أن ينصب على عناصر الإدعاء الكامن فى الطلب الأصلى.

وتنص المادة (١٦) من لائحة غرفة التجارة الدولية على أن « للأطراف أن يبدوا أمام المحكم طلبات جديدة أو طلبات مقابلة. على أن تكون فى حدود وثيقة مهمة المحكم أو أن تكون موضوع ملحق لتلك الوثيقة يوقعه الأطراف، وتعلم به الهيئة».

وتعديل الطلبات على النحو المتقدم يدخل فى مضمون فكرة الطلبات العارضة. وهى التى تتناول بالتغيير أو بالزيادة ، أو، النقص ذات النزاع، أو موضوعه، أو سببه، وعلى الأخص طلب المقاصة القضائية ، إذ تمتد ولاية هيئة التحكيم إليه فقد يتمسك المدّعى عليه بالمقاصة فى مواجهة المدعى بحق متفرع عن النزاع ومن هذا القبيل

(1) Cass. Civer. 26. nov. 1974. Clunet. 1975. P. 100 note Ponsard.

(2) Sentence sendue dans l'affaire. No. 6142 en 1990 chambre de Comm. int. clunet 1990- P1039 et not. Y. Derains.

أن يكون هناك ضرر اصابه يمنحه حقاً فى التعويض فيطالب بهذا التعويض خصماً من المبلغ المستحق عليه من جراء عدم تنفيذه (أى المدعى عليه) لالتزامه الأصلى. (١)

ويشترط بيان الوقائع والأدلة المتعلقة بالطلب العارض. وفى هذا تقضى المادة ٢/٢٣ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، أنه يجوز لكل من الطرفين أن يعدل طلبه، أو دفاعه، أو أن يضيف إليه خلال سير الإجراءات، إلا إذا رأت هيئة التحكيم أنه من غير المناسب إجازة مثل هذا التعديل لتأخر وقته، ويكون ذلك عادة إذا كانت الخصومة قد تهيأت للفصل فى موضوعها، وكذلك إذا تم قفل باب المرافعة إذ ينقطع صلة الخصوم بالدعوى.

ويجب أن يكون الطلب العارض يستهدف نفس الغاية أساس الطلب الأصلى، وألا تنتفى الرابطة التى تبرر الطلب العارض. وبهذا حكمت محكمة باريس فى ٢٥ يناير سنة ١٩٧٢ (٢). بأنه إذا كان شرط التحكيم يستهدف حل المنازعة التى تثور بمناسبة تفسير عقد معين، فإن الطلب العارض الذى يستهدف عدم تنفيذ العقد يكون غير مقبول.

ونصت على مبدأ تعديل الطلبات المادة ٣٢ من القانون المصرى كما رددت هذا المبدأ المادة ٢/١٤٦ من القانون الفرنسى.

ويعتبر الإقرار الصادر أمام هيئة التحكيم إقراراً قضائياً متى صدر فى ذات النزاع المتعلق بالحق المقر به لأن المحكم يحل محل القاضى.

---

(١) د. أحمد أبو الوفاء التحكيم فى القانون الدولى والداخلى. المجلة المصرية للقانون الدولى المجلد (٥٠) سنة ١٩٩٤ ص ٩٨).

(2) Rev arb. 1973 P. 158 - note Fouchard.

ولايجوز للوكيل عن الخصم الاقرار بالحق الا بتوكيل خاص.

وغنى عن البيان ، أن دعوى الضمان تعتبر دعوى مستقلة عن الخصومة الأصلية، ومن ثم، فلا تعتبر طلباً عارضاً فيها.

مواعيد تقديم أوجه الدفاع والمستندات :

١١٣- ألزمت قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجارى الدولى، المدعى بأن يقدم أوجه دفاعه ومستنداته، خلال الميعاد الذى تحدده هيئة التحكيم، أو المتفق عليه أصلاً بين الأطراف.

وهذا الميعاد قصد به مجرد تنظيم الإجراءات، فلا يترتب على تجاوزه أى جزاء ، إذ يجوز لهيئة التحكيم مد الميعاد متى وجدت مسوغاً لذلك.

وفكرة خضوع الأطراف الإختيارى لقواعد النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، يستفاد منه، أنهم منحوا هيئة التحكيم سلطة تحديد هذه المواعيد على النحو الذى يتناسب مع ظروف التحكيم.

تفويت ميعاد الاعتراض على المخالفة فى قانون التحكيم الجديد :-

١١٣مكرر- يلاحظ «أن الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع . يجب التمسك به فوراً والا سقط الحق فيه».

وعلى ذلك، إذا لم يحصل التمسك بالدفع المشار إليه، فإن هذا يعتبر بمثابة نزول ضمنى عن المخالفة، وقبول اختصاص هيئة التحكيم فى شأن هذه المسائل التى لا يشملها اتفاق التحكيم، ويمتنع بالتالى على هذا الخصم الطعن بالبطلان على حكم التحكيم استناداً

إلى خروج المحكم عن حدود مهمته.

ولهيئة التحكيم القول الفصل فى الدفوع الناشئة عن الحكم بعدم اختصاصها وتندرج فيها تلك الدفوع المؤسسة على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه، أوعدم شموله لموضوع النزاع.

ويجب التمسك بهذه الدفوع فى ميعاد لاتجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه فى المادة ٢/٣٠ من قانون التحكيم المصرى وهذا الميعاد، إما أن يكون متفقا عليه أو تحدده هيئة التحكيم وقد نص القانون صراحة على أنه «ولايترتب على قيام أحد طرفى التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك فى تعيينه سقوط حقه فى تقديم أى دفع من هذه الدفوع» اذ استبعد المشرع فكرة النزول الضمنى فى شأن ابداء هذه الدفوع.

ميعاد إصدار الحكم وإمتداده بإتفاق الأطراف :

١١٤- يجب على المحكمين أن يتقيّدوا عند إصدار حكمهم بالمعياد الذى اتفق عليه الأطراف.

ولا يملك المحكّمون الفصل فى النزاع بعد هذا الميعاد ، ولو كانوا مفوّضين بالصلح.

على أنه يجوز للأطراف مّد هذا الميعاد.

ويمكن أن يستخلص مّد الميعاد ضمنا من حضور الأطراف أمام هيئة التحكيم وإبداء دفاعهم فى الموضوع دون أن يتمسّكوا بإنتهاء الميعاد.

ويملك المحكم مد الميعاد متى كانت مشارطة التّحكيم يجيز ذلك. على أن تنفيذ الحكم الصادر بعد الميعاد دون الاتفاق على مدّه، يعتبر

رضاء من جانب المحكوم ضده بإمتداد الميعاد.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى ٢٠ يونية سنة ١٩٧٦ بأنه لامحلّ لإنطباق المادة ١٠٠٧ من قانون المرافعات المدنية الفرنسية التى تتطلب أن يكون قد صدر خلال المدة المحددة في المشارطة، وعند تخلفها خلال ثلاثة أشهر من يوم المشارطة فى التحكيم الذى تخضع إجراءاته لقانون أجنبى، ذلك أن النظام العام الدولى، كما هو معروف فى فرنسا، لايستلزم إلا إنتهاء سلطة المحكمين فى خلال المدة القانونية. وذلك عند تخلف المدة الإتفاقية.

وألزم قانون التحكيم الجديد هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذى اتفق عليه الطرفان. فإن لم يوجد إتفاق، وجب أن يصدر الحكم خلال إثنى عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم (١). وفى جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر مالم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك.

وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه فى الفترة السابقة جاز لأى من طرفى التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون، أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافى، أو بإنهاء إجراءات التحكيم. ويكون لأى من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها.

ويجب لصحة مد المدة أن تطلب قبل انقضاء ميعاد التحكيم وإلا وقع طلب المد علي غير محل.

١- وقد سبق بيان أن بدء إجراءات التحكيم تبدأ منذ اليوم الذى يتسلم فيه المدعى عليه طلباً بإحالة النزاع إلى التحكيم (ماسبق رقم ١٠٨) مع أن العدالة تقتضى أن يبدأ هذا الميعاد من تاريخ مباشرة هيئة التحكيم مهمة الفصل فى النزاع.

ويجوز لأطراف الخصومة تفويض هيئة التحكيم فى مّد الميعاد.

إعادة الدعوى للمرافعة :

وبداهة، يحق للهيئة اعادة الدعوى للمرافعة متى استجدت وقائع تستوجب ذلك من شأنها أن يتغير بها - لو صحت - وجه الرأى فى الدعوى، أو لاستيفاء بعض نقاط النزاع.

إنقطاع سير الخصومة :

١١٥- لم تعرض قواعد القانون النموذجى للتّحكيم التجارى الدولى، وكذلك لائحة غرفة التجارة الدولية، لمسألة انقطاع سير الخصومة لوفاة أحد الخصوم أو فقده أهلية الخصومة، أو زوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من الغائبين ولكن قانون التحكيم الجديد نص صراحة فى المادة ٣٥ منه على انقطاع سير الخصومة.

إلا أنه يتعين إعمال هذا المبدأ فى إطار التحكيم التجارى ، بغير نص ، لأن المسألة ترتبط بإجراءات التقاضى الأساسية وسلامة سير الخصومة فى مواجهة الأطراف، بحيث يترتب على تجاوزها، أو عدم مراعاتها الإخلال بحقوق الدفاع وبطلان الحكم.

وهذا البطلان نسبىّ مقرر لمصلحة من قام به سبب من أسباب الإنقطاع من الخصوم، دون الطرف الآخر فى النزاع.

وعلى ذلك، إذا قام سبب من أسباب انقطاع سير الخصومة يتعين على هيئة التحكيم، أن تتوقف عن السير فى الإجراءات، ولاتستأنف هيئة التحكيم السير فى الخصومة، إلا إذا تم إعلان وارث المتوفى، أو من يقوم مقام من فقد أهلية الخصومة، أو زالت عنه الصفة.

ويتم هذا الإعلان طبقاً للإجراءات وبالصورة المتفق عليها.

وهذا الحكم نص عليه قانون التحكيم المصرى الجديد فى المادة ٣٨ منه.

ولاينقطع سير الخصومة بوفاة وكيل الدعوى.

وإدماج شركة فى غيرها، يترتب عليه إنقطاع سير الخصومة بالنسبة للشركة المندمجة (١) ولكن تغيير ممثل الشخص المعنوى ليس له أثر فى سير الدعوى (٢).

ترك الخصومة:

١١٥ م – نصت المادة ٤٨ من قانون التحكيم الجديد عنى انتهاء التحكيم «إذا ترك المدعى خصومة التحكيم مالم تقرر هيئة التحكيم بناءً على طلب المدعى عليه أن له مصلحة معينة فى استمرار الاجراءات حتى يحسم النزاع.

وقد ينصب الترك على الخصومة برمتها أو يقتصر على طلب معين فى الخصومة أو شق منها.

ولا يجوز للوكيل ترك الخصومة الا بتوكيل خاص يجيز ذلك، فلا يكفى مجرد التوكيل فى الخصومة، وذلك على خلاف النزول عن إجراء معين من الخصومة ، مثل طلب سماع شاهد، أو عدم الاعتداء بمستند معين كان المدعى قد سبق تقديمه(١). فى الدعوى ، فلا يستوجب

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٠/١/١٧ .
(٢) نقض مدنى ١٩٧٩/١٢/٢٦ .
مشار إليهما فى الأستاذ/ محمد كمال عبد العزيز فى تقنين المرافعات جـ(١). ط (٣) ص ٨١٢ .
١- إلا إذا تمسك به الخصم الآخر متى كان يفيده فى نزاع التحكيم.

توكيلاً خاصاً.

ولايعتد باعتراض المدّعى عليه على الترك بمقولة أن له مصلحة معينة فى استمرار الاجراءات إذا كان قد أبدى أى دفع من شأن قبوله أن يؤدى إلى الحيلولة بين الهيئة والمضى فى الدّعوى- كالدّفع بعدم الاختصاص، أو ببطلان صحيفة الدعوى.

ويترتب على التّرك النزول عن اجراءات الخصومة دون المساس بالحق موضوع النزاع ولايؤثر الترك على الأحكام القطعية التى تكون قد صدرت خلال سريان الخصومة، كما لايمس أدلة الاثبات، وأعمال التحقيق، والخبرة متى كانت صحيحة فى حد ذاتها.

ويلتزم التارك بمصاريف ترك الخصومة.

ويلاحظ أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت فيه.

المبحث الثالث

التعاون بين التحكيم والسلطة القضائية

فى مسائل الإجراءات

تمهيد :

١١٦- إن التّعاون بين التّحكيم والسّلطة القضائيّة فى مسائل الإجراءات يعتبر ضرورة حتميّة، ويتمثّل هذا التعاون فى طلب المساعدة من المحكّم للحصول على أدلّة. وفى المسائل الأوّلية، والإجراءات التحفظيّة والوقتيّة التى تخرج عن نطاق اختصاص هيئات التحكيم، مما يتعّين معه أن نعرض لهذه المسائل، كما نوضّح نصيب اختصاص قاضى الأمور المستعجلة والمحاكم التجارية فى فرنسا لهيئات التحكيم.

وأخيراً نبين الحدّ الفاصل بين مايعتبر من الإجراءات ومايندرج فى الموضوع.

المساعدة المقدمة من المحاكم للحصول على أدلة :

١١٧- طبقاً لأحكام القانون النموذجى للتحكيم الدولّى، فإن الأصل أنه لايجوز لأى محكمة أن تتدخل فى المسائل التى ينظمها هذا القانون إلا حيث يكون منصوصاً عليه فيه. (مادة ٥).

وفى نطاق الإجراءات ، يجوز لهيئة التحكيم، أو لأى من الطرفين

بموافقتهما طلب المساعدة من محكمة مختصّة (١) فى هذه الدولة للحصول على أدلّة، وذلك فى سبيل الوصول إلى الحقيقة.

ويجوز للمحكمة أن تستجيب للطلب فى حدود سلطتها المخوّلة لها وطبقا للقواعد القانونية التى تطبقها، والخاصة بالحصول على الأدلّة (مادة ٢٧).

وهذا هو الحال عندما يكون الشّاهد أو الخصم المطلوب سؤاله ، أو المال المراد معاينته موجوداً فى مكان بعيد عن هيئة التّحكيم، أو كانت المسألة تخرج عن سلطة المحكّم.

١١٨- ويلاحظ أن شكل الإجراء المراد تنفيذه بمقتضى المساعدة القضائية، يخضع لقانون القاضى المطلوب منه تنفيذها، وتلك تطبيقاً لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى (م ٢٢ مدنى) ، فإذا كانت المساعدة القضائية يتّم تنفيذها فى مصر، فإن القانون المصرى هو الذى يحكمها، فهذا القانون هو الذى يبيّن شروط إليمين وكيفية الشهادة، والخبرة والمعاينة ، وكيفية الفصل فى دعوى تحقيق الخطوط، أو الإدّعاء بالتزوير (٢). أما من حيث موضوع المساعدة. فيحكمه القانون المطبق على خصومة التحكيم الأصلية.

ويتعين رفض موضوع طلب المساعدة القضائية، متى كان موضوع الطلب سماع شهادة أشخاص يمتنع عليهم الشهادة فى

---

(١) وهى المحكمة التى تحددها الدولة التى إعتنقت القانون النموذجى. وعادة تكون المحكمة المختصة أصلاً ابنظر النزاع لو لم يكن هناك تحكيم، أو تلك التى يجرى التحكيم فى دائرتها.

(٢) وقد نصت الإتفاقية المصرية الكويتية المنعقدة بتاريخ ١٩٧٧/٤/٧ والصادر بها قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٩٣ لسنة ١٩٧٧ بشأن الموافقة على إتفاق التعاون القانونى والقضائى فى المادة ١/٤ منها طلب الحصول على المساعدة يخضع لأحكام قانون الطرف المطلوب منه المساعدة.

أمور تمس صميم أعمالهم ، إذ يقتضى الأمر منهم الالتزام بالحفاظ على أسرار المهنة، أو كان موضوع المساعدة يمس اعتبارات النظام العام فى البلد المطلوب منه تنفيذ المساعدة. وتكون المساعدة القضائية مخالفة للنظام العام فى مصر، إذا أخلّ القاضى المطلوب منه تنفيذها، بحقٍّ الدِّفاع.

وينبغى أن يكون موضوع المساعدة مسألة مدنية أو تجارية، أو مسألة مقرّرة بموجب معاهدة دولية (١).

وإذا كانت هيئة التّحكيم (٢) هى التى تقدّر وحدها مدى الحاجة إلى المساعدة القضائية، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الأطراف ، فإن لها فى الوقت ذاته أن تعدل عن طلبها، متى وجدت بين يديها من الأدلّة مايغنى عن تنفيذ المسألة موضوع طلب المساعدة أو تراءى لها أنّ هذا الإجراء أصبح غير منتج فى الخصومة لتوافر أدلة أخرى تقوم مقامه.

١- المسائل الأولية :

١١٩- قد تقع خلال الإجراءات أمام المحكم أمور (٣) تخرج عن سلطته، فيتعين الإلتجاء فى شأنها المحكمة الكائنة عادة فى مقر التحكيم، وعندئذ يجب وقف إجراءات التحكيم حتى يفصل فيها نهائياً فإذا فصل المحكّم فى هذه المسائل. كان حكمه باطلاً . ويترتب

---

(١) وتنص الإتفاقية المصرية الكويتية على أن التعاون ينصب على المواد المدنية والتجارية والجزائية ومواد الأحوال الشخصية

(٢) وطبقاً للمادة ٢٧ من قانون التحكيم الجديد، يختص رئيس محكمة إستئناف القاهرة بالأمر بالإنابة القضائية بناء على طلب هيئة التحكيم.

(٣) والوقف يخضع لتقدير هيئة التحكيم، ذلك أنها تستطيع تجاهل فكرة الوقف إذا قدرت أن المسألة التى تخرج عن ولايتها غير لازمة للفصل فى خصومة التحكيم.

على ذلك وقف سريان الميعاد المحدّد لإصدار حكم التحكيم.

من هذا القبيل:

١- الطعن بتزوير ورقة متعلّقة بالموضوع ، أو اتخاذ إجراءات جنائية بشأن تزويرها، بشرط أن يتبيّن لهيئة التحكيم أن الإدعاء بالتّزوير جِّي. وهنا تسرى قاعدة الجنائى يوقف المدنى ويأخذ حكم التزوير الطعن الصريح على المحرر بالانكار أو بالجهالة.

٢ - إذا إحتاج المحكّمون إلى توقيع جزاء علي الشّاهد المتخلّف عن الحضور أو الممتنع عن الإجابة أو إجبار الشاهد علي الحضور، إذ ليس لهيئة التحكيم سلطة إلزام الشاهد بالحضور أمامها (١).

٣- إذا كان القانون الواجب التطبيق يوجب أداء إليمين قبل الإدلاء بالشهادة.

٤- الفصل فى قرار إدارىّ فردىّ بالتّعديل، أو الإلغاء أو وقف التنفيذ أو حتى التفسير متى كان القانون المصرى هو الواجب التّطبيق وعلى أيّة حال ، إذا تعلّق الأمر بمسألة، ما كانت تختص الهيئة بنظرها فيما لو رفعت إليها فى صورة دعوى مبتدأة، فإنه يتعين على هيئة التحكيم وقف الفصل فى هذه المسألة حتى صدور حكم نهائي فيها.

٥- وإذا كان من المقرر أن لهيئة التحكيم أن تطلب من أحد

---

(١) وطبقاً لقانون التحكيم المصرى الجديد، يختص رئيس محكمة إستئناف- إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، فى مصر أو فى الخارج- مالم يتفق الطرفان على محكمة إستئناف إخرى فى مصر- بناء على طلب هيئة التحكيم بالحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة، الجزاءات المنصوص عليها فى المادتين ٨٠،٨٧ من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية.

الأطراف تقديم مستند جوهرى فى النزاع، إلا أنها لاتملك إلزام الخصم بتقديم المستند(١) إذا لايملك ذلك إلا القضاء الوطنى الذى يستأثر بسلطة الإجبار - والإلزام Imperium

كما لاتملك هيئة التحكيم، من ناحية أخرى، أن تطلب من شخص خارج عن الخصومة تقديم مستند تحت يده له أهمية فى الفصل فى النزاع، بل يجب على صاحب الشأن اللجوء إلى قاضى الأمور المستعجلة، أو المحكمة المختصة لاستصدار الأمر بإلزام هذا الشخص بتقديم المستند إلى هيئة التحكيم.

٦- إذا إنحصرت المنازعة فى التحكيم على تنفيذ عقد معين، فلا يجوز لهيئة التحكيم أن تقضى بجزاء على الخصم المتخلّف عن التنفيذ.

ولا شك أنّ هذا الموضوع يختلف تماماً عن الاختصاص القضائى الدولى للمحكمة المصرية، التى يكون لها تطبيقاً لنص المادة ٣٢ من قانون المرافعات، سلطة الفصل فى المسائل الأولية، ولو لم تكن هذه المسائل داخلة فى إختصاصها.

ولكن هيئة التحكيم- كما سبق القول- تختص بالفصل فى المسائل الأوّلية المتعلّقة بإختصاصها، فتتصدّى لمسألة وجود شرط التحكيم، أو صحته.

ويتعين وقف ميعاد حكم التحكيم، كلما اقتضى الأمر الفصل فى نزاع لاتملك هيئة التحكيم التعرض له، وتتوقف خصومة التحكيم على الفصل فيه، ويستمر هذا الميعاد موقوفاً حتى يصدر حكم إنتهائى

---

(١) حتى ولو كان هذا المحرر يمثل دليلاً مشتركا بينه وبين خصمه

فى هذه المسألة الأولية.

٧- ويجوز لهيئة التّحكيم إذا كان القانون المصرى هو الواجب التطبيق على النزاع- أن تقضى بوقف الخصومة متى تراءى لها عدم دستورية النّصّ التشّريعى أو اللائحة المطلوب تطبيقها على النزاع المعروض عليها طبقاً لنص المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا.

جـ- الإجراءات التحفظية أو الوقتية :

١٢٠- يجوز لهيئة التحكيم أن تتخذ بناء على طلب أحد الطرفين ماتراه من تدابير مؤقتة ، مثلا الأمر بإيداع البضائع المتنازع عليها لدى الغير للمحافظة عليها، أو الأمر ببْيع البضاعة سريعة التلف، كما هو الحال بالنسبة للمواد الكيمائية سريعة التبخر، أو الإحتراق الذاتى مثل الفحم، حتى يتم الفصل فى النزاع موضوع العقد الدولى. ولهيئة التحكيم إثبات واقعة يخشى زوال معالمها عند النزاع فيها ولها تقدير نفقة مؤقتة للمدعى ريثما يتم الفصل فى التعويض الناشئ عن دعوى المسئولية .

ويجوز أن تتّخذ هذه التدابير أثناء سير التحكيم فى صورة قرار مؤقت لحين إصدار الحكم النهائى.

ولايعتبر الطلب الذى يقدّمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية باتخاذ مثل هذه التدابير المؤقتة ، مناقضاً لإتفاق التحكيم ولانزولاً عنه، لأن هذا لايمس أصل الحق الذي يبقى قائماً لهيئة التحكيم، ولأن إستبعاد قضاء الدولة فى النزاع لوجود إتفاق التحكيم ينصب على القضاء الموضوعى دون القضاء الوقتى.

والطابع الوقتى أو التحفظى للإجراء المتخذ من قبل القضاء يجيز للمحكمين العدول عن هذه الاجراءات متى ثبت أنه لالزوم لها فى النزاع ، أو أنها لاتقوم على أساس.

وأحياناً يحيل الأطراف فى اتفاق التحكيم إلى لائحة تجيز للمحكّم سلطة التّصدى للمسائل المستعجلة(١).

وإذا كان التّحكيم يتّم فى الخارج ، فإن المحاكم المصرية تختص بالأمر بالإجراءات الوقتية أو التحفظية التى تنفذ فى مصر، وتخرج عن إختصاص هيئة التحكيم، على أساس أن هذه الإجراءات تعد من قوانين البوليس والأمن التى تخضع بهذه المثابة لقانون القاضى، ويتحقق فى شأنها التلازم بين الإختصاصين التشريعى والقضائى.

ولاشك أنّ هذه المسائل المتعلقة بإيداع البضائع المتنازع عليها لدى الغير، أو الأمر ببيع البضاعة سريعة التلف أو التبخر، تمثل فى الغالب اختصاصاً مشتركاً بين هيئات التحكيم ومحاكم دولة مقر التحكيم.

ولكن هناك إجراءات تحفظية أو وقتية تختص بها محاكم دولة مقر التحكيم وحدها، وليس لهيئات التحكم ايإختصاص فيها. مثل توقيع الحجز التحفظى على أموال أحد الأطراف، أو صحة ونفاذ الحجز المذكور. ومن ثم يتعين إستبعاد حكم التحكيم الذى يفصل في هده المسائل لخروجه عن إختصاص هيئات التحكيم أو ولايتها

ولكن إذا عرض حكم التحكيم لمثل هذه المسائل الخارجة عن إختصاصه، ولكنه لم يعول عليها فى حكمه أو لم يستند إليها فى قضائه، وكان حكمه صحيحاً.

(1) Jean Robert Bertrand Moreau. L'arbitrage .. op cit . P272. No. 306.

ولهيئة التحكيم أيضاً أن تأمر- على سبيل المثال، مستأجر السفينة بعدم التصرّف فى البضاعة، وتبين حارس عليها، حتى يتم الفصل فى موضوع النزاع، إلا أنه يجب ملاحظة أن هيئة التحكيم لاتملك سلطة تنفيذ هذه الإجراءات المؤقتة جبراً، وفى هذه الحالة يجب على صاحب الشأن أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بتنفيذها جبراً متى إمتنع الطرف الصادر ضده الأمر عن تنفييذه إختياراً.

وطبقاً للمادة ١/٨.٩ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد، إذا تجرد المدعى من سند الدين، فإن ذلك يبرر اللجوء إلى إجراء تحفظى، يكون محله ضمان تنفيذ حكم التحكيم اللاحق. حتى قبل رفع النزاع أمام المحكم، ولايسمح للخصم الذي يستفيد من هذا الإجراء أن يتخذ إجراءات التنفيذ قبل التدخل فى الحكم.

وعلى أية حال ، فإنه يجب فحص موضوع النزاع للتحقق من أن الإجراء التحفظى يقوم علي سند يبرره.

١٢٠ م – وقد قضت محكمة النقض في مسألة اتخاذ تدابير مؤقتة مؤقتة أو تخفظية أنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن الأوامر علي العرائض – وعلي ما بين من نصوص الباب العاشر من الكتاب الأول لقانون المرافعات – هي الأوامر التي يُصدرها قضاة الأمور الوقتية بما لهم من سلطة ولائية، وذلك بناء علي الطلبات المقدمة اليهم من ذووي الشأن علي العرائض ... وحرصاً من المشرع علي عدم الخروج بهذه السلطة الوقتية الي غير ما يستهدف عنها، قيدها بالحالات الواردة في التشريع علي سبيل الحصر، (م ١٩٤ من قانون المرافعات العدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢) وإذا كان لا يوجد نص في القانون يُبيح وقف تسييل خطابات الضمان عن طريق الأمر علي

عريضة   فإن لا محل للاعتصام بحق محكمة التحكيم في إتخاذ تدابير مؤقته أو تحفظية استناداً الي المادة (١٤) من قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ من أنه "لا يجوز للمحكمة المشار اليها في المادة التاسعة منه بناء علي طلب أحد طرفي التحكيم في أن تأمر باتخاذ تدابير مؤقته أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها" إذ أن سلطة المحكمة في هذا الشأن مرهون إعمالها بوجود نص قانوني يُجيز للخصم الحق في استصدار أمر علي عريضة ، وإذْ لم يرد نص خاص في المادة ١٩٤ من قانون المرافعات يبيح وقف تسييل خطاب الضمان عن طريق الأمر علي عريضة ، فإنه لا يُجدي الحكم المطعون فيه الركون إلي المادة ١٤ من قانون التحكيم المشار اليه سنداً لقضائه (١).

إختصاص قاضى الأمور المستعجلة:

١٢١- قد استقّر القضاء الفرنسّى (٢)، على أن قيام شرط التحكيم لايتعارض مع إمكانية اللجوء إلى قاضى الأمور المستعجلة ، سواء من جانب الخصوم أو المحكمين، فى حالات الإستعجال، وبشرط عدم المساس بالموضوع- وذلك فى شأن الإجراءات التحفظية، ويجوز ذلك، سواء قبل رفع النزاع أمام المحكم أم فى خلال إجراءات التحكيم، أى حتى ولو كانت إجراءات التحكيم قد بدأت.

ويجب أن يتوافر شرطان حتى ينعقد الاختصاص لقاضى الأمور المستعجلة بهذه المسائل. أولهما: الإستعجال على نحو ماسبق بيانه. ثانيهما: انتفاء اختصاص هيئة التحكيم بالإجراء الوقتى أو التحفظى

---

(١) نقض مدني ١٩٩٦/١٢/١٢ - القضاء - السنة ٢٩ ص ٤٤٣ ، ٤٤٤

(2) Cass. Civ. 7 Juin et 9 Juillet 1972, Rev. Arb. 1980, P. 78, not Courtearault.

المطلوب (١).

وطبقاً لنص المادة ١/٨٠٩ من قانون المرافعات الفرنسى (٢) - يجوز رغم شرط التحكيم- اللجوء إلى قاضى الأمور المستعجلة ، ولو خلال إجراءات التحكيم ، الأمر بالمسائل الآتية :

* استرداد البضاعة .
* إلغاء إعلان كاذب .
* ضبط الأشياء المزورة .
* الوقف الفورى للأعمال أو بعض الأنشطة المهنية .
* طرد واضع إليد دون سبب .
* رفع الحجز الموقع دون سند .

إختصاص المحاكم التجارية :

١٢٢- وإذا كانت المحكمة التجارية فى فرنسا « محكمة الإفلاس » Le Tribunal de Fàillite تختص وحدها دون غيرها فى كل ما يخضع للإجراءات الجماعية، والتى لايتعلّق الأمر فيها بطلب الوفاء بمبلغ معين من النقود، ومع ذلك فإن المحكِّم يظلّ مختصاً بالفصل فى بعض الأنزعة، مثل تلك المنازعات الخاصة بتنفيذ العقد، والتى لاترتبط مباشرة بالإجراء الجماعى. وفى هذه الحالة لايكون هناك ثمة محل لوقف الإجراءات الإنفرادية (٣).

وقد حكمت محكمة استئناف Colmar فى ٢١ سبتمبر سنة ١٩٩٣ بأن نص المادة ٥١ من مرسوم ٢٣ مارس سنة ١٩٦٧ بشأن الشركات

(1) J. Robert Arbitrage civil et commercial, No. 139.

(2) Philippe Beetin . L'intervention des Juridictions au Cour de la procédure arbitrale. Rev? Arb. 1992, PP. 331 et s. Spéc. 341.

(3) Cour d'Appel de Paris, 20 Janv 1990, Rev Arb 1991 Arb. 1991, No.(1). P 127

التجارية آذ يمنح الأختصاص فى مسألة حل الشركة التجارية للمحاكم لايستبعد اطلاقاً الرجوع الممكن لقضاء التحكيم، إذ لايمكن أن يستخلص من نص معين بشأن الاختصاص القاصر، الذى يهدف إلى توزيع الاختصاص فى إطار قضاء الدولة، استبعاد التحكيم فضلاً عن قابلية النزاع للتحكيم وعدم مخالفته للنظام العام. (١)

ويجب على هيئة التحكيم التحقق من سلامة مبدأ توزيع الإختصاص بينها وبين قضاء الدولة، وكذلك مبدأ وقف الإجراءات الإنفرادية، الذى يعتبر من النظام العام الداخلى والدولى على حد سواء (٢).

١٢٣- ولما كان شرط التحكيم يستبعد من حيث الموضوع من إختصاص المحكمة التجارية. ومن ثم، فإنه يمتنع على قاضى المحكمة التجارية أن يفصل مؤقتاً فى مادة مستعجلة تتعلق بالموضوع، أو أن يأمر على وجه الإستعجال فى حدود إختصا هذه المحكمة بأى إجراء مما نصت عليه المادة ٨٧٢ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد (٣).

الحد الفاصل بين مايعتبر من الإجراءات وما يندرج في الموضوع :

١٢٤ - وأيا كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، سواء كان القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى (قواعد الأمم المتحدة) أم كان هذا القانون قد تم اختياره بمعرفة الأطراف، أو تم تحديده عن طريق التركيز الموضوعى للإجراءات، فإن هذا القانون هو الذى يبين الشروط الواجب توافرها فى الحكم، وهل يمكن أن يكون من

---

(1) (Rev. arb. 1994 No. 2 P348 et.S. note CHON).

(2) Cass. Civ., 8 Mars 1988. Rev. Arb. 1989, P. 72, Note P. Ancel.

(3) Cour d'appel de Paris de Paris, 20 Janv. 1988, Clunet 1989. Clunet 1989. Note. E. Loquin.

رجال القضاء. أم لا ، وهو الذى يبين مدى إمكان ردّ المحكّم، وأثر الحكم بالردّ على الإجراءات. وهو الذى يحكم سرية الجلسات أو علنيتها، كما يحكم الدفوع وحق الدفاع والطلبات العارضة والمرتبطة، وعوارض الخصومة، من وقف أو إنقطاع وصحة تمثيل الخصوم، ومدى سلامة إفتتاح إجراءات التحكيم وطريقة التكليف بالحضور، وأثر تخلف الخصوم عن الحضور، وهذا الذى يبين ما إذا كان إتخاذ إجراءات الإثبات يتم من جانب هيئة التحكيم. بمقتضي قرار أو حكم، وهل تتم إجراءات الإثبات بكامل هيئة التحكيم، أم يجوز لها ندب أحد أعضائها، وهو الذى يحكم الشروط الواجب توافرها فى الواقعة محل الإثبات، وكذلك تعتبر قواعد الإثبات المتعلقة بإجراءات تقديم وتحقيق الدليل، لها طابع إجرائى مثل كيفية أداء الشهادة، وإستجواب الأطراف ، والمعاينة ، والخبرة. ومدى جواز إعادة الدعوى للمرافعة بعد تحديد جلسة للنطق بالحكم.

١٢٥- أما محل الإثبات، فيخضع للقانون الذى يحكم الموضوع، بإعتبار أن تحديد محل الإثبات يعتبر أمراً فاصلاً فى موضوع خصومة التحكيم، وكذلك، فإن هذا القانون الأخير هو الذى يحدد الخصم الذى يقع على عاتقة عبء إثبات الحق المدعى به، ومدى مشروعية الإتفاقات، بين الأفراد المعدلة لنقل الإثبات.

وكذلك، فإن عبء الإثبات، يخضع للقانون الذى يحكم الموضوع بإعتبار أنّ تنظيم الأدلّة يعود إلى ترتيب القانون ذاته (١) سواء تعلق الأمر بإثبات واقعة إيجابية مثل الفعل الضار، أم واقعة سلبية مثل إثبات إنتفاء الإهمال فى تنفيذ الإلتزام.

(1) Julia. D. Gonzàlez Campos liens entre competence judiciare et Competence legislatif. Recueil des Cours. 1977. (11) P. 291.

ويخضع لهذا القانون أيضاً مدى قوة الدليل فى الإثبات، أى تقدير مدى حجيته.

وفى خصوص التقادم والسقوط يتم الرجوع فى شأنهما إلى القانون الذى يحكم الموضوع ، وكذلك، فإن تحديد صفة الخصوم، وأهليتهم فى التقاضى، والنيابة فى التقاضى تعد من المسائل الموضوعية.

وتخضع حوالة الحق ذاتها- طبقاً للرأى الراجح- للقانون الذى يحكم العلاقة التعاقدية بين الدائن والمدين، ولانرى الاعتداد بفكرة أن الحق الشخصى يعتبر مالاً معنوياً، يحكمه قانون موقعه، أى قانون موطن المدين، فهذا القانون الأخير هو الذى يحكم الإجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة ، سواء فى حق المدين أو فى حق الغير.

وتخضع البضائع سواء كانت مشحونة أو يحملها راكب علي ظهر سفينة أو متن طائرة لقانون العلم.

ويخضع الدفع بعدم التنفيذ للقانون الذي يحكم موضوع العقد ، مع مراعاة أنه إذا كان محل الدفع هو الإمتناع عن تسليم أموال مادية، فإن يتعين الرجوع إلي قانون موقع هذه الأموال لتعلق الأمر بالحيازة.

وتخضع المقاصة الإتفاقية لقانون الإرادة. أما المقاصة القضائية فتخضع للقانون الواجب التطبيق علي إجراءات التحكيم. أما المقاصة القانونية، فتخضع للقانون الذي يحكم الدينين.

التحكيم والغش :

١٢٥مكرر - يتضح من متابعة بعض إجراءات التحكيم. أنها قد تعتبر أحياناً مسرحاً لسلوك أو تصرفات. تتضمن غشاً، مما يؤثر على

كل مرحلة من مراحل الإجراءات. وفى جميع الأحوال. فإن الغش الذى يندمج فى الإجراءات ذاتها، يظهر فى صورة خدعة. أو حيلة مصطنعة. تنصرف إليها رغبة الأطراف والمحكمين.

ولاشك أن نسبة الغش أو اكتشافه لايسهل دائماً الوصول إليه بمعرفة القضاء المختص، لأن الغش المشار إليه ليس بعيداً عن مجرد التعسف فى الحق.

ويختلف الغش عن عدم المشروعية ، فإن إتفاق التحكيم غير المشروع بالنسبة للقابلية للتحكيم لايمثل غشاً ، ولا يمثل فى دعوى التحكيم مساساً بحقوق الدفاع. أو تمييزاً فى المساواة بين الطرفين، ففى حين أن عدم المشروعية هو الإخلال بالقاعدة أو المساس بها، فإن الغش يمكن أن يتم بحثه إلى مدى أبعد من ذلك يتمثل فى صرف النظر عن إحترام القاعدة ، أو أن يحيد عن إحترامها (١).

وهناك صلة أو تشابه بين جزاء الغش فى التحكيم مع ما يحدث فى مسائل الغش نحو القانون، سواء من حيث عدم الفعالية أو من حيث انطباقه على مركز يريد المدلس الهروب منه مثل الآثار القانونية. وسواء من حيث أن العمل القانونى الذي ينطوى على الغش، لايترتب عليه عدم الإحتجاج به فقط، بل يحكم ببطلانه.

والغش يبدأ فى الظهور عندما يصبح الإجراء آلياً مجرداً بفعل أحد الأطراف ، ويحل محل ما أطلق عليه المشرع الفرنسى ، رابطة الخصومة ، وهى رابطة حيّة، أساسها الثقة، التى تربط- فى التحكيم- الأطراف بالمحكمين ومركز التحكيم.

وبالابتعاد عن هدف التحكيم فى حل النزاع، فإن الإجراء ينحل إلى

(1) M. de Boisseson. L arbitrage et la Fraude, Rev arb. 1993. P 4-7.

طريق لخدمة مصالح أحد الأطراف. وهو مايمكن أن يدرج تحت الحظر المنصوص عليه فى المادة ٤٠٥ من القانون الجنائى الفرنسى الذى يصم الأفعال المذكورة بالنصب "escorquerie" وتعدد أشكال الغش أو صوره.

ومن مظاهر الغش بواسطة التحكيم عندما يبرم الأطراف أو أحدهم اتفاق تحكيم ، وبتحليله يُكتشف أنه يتضمن غشاً ، بمعنى أن هذه الصورة من الغشّ تتوقف على تغيير مفهوم إتفاق التحكيم ذاته. ذلك أن أحد الأطراف أو كليهما يستخدمان حريتهما التعاقدية المطلقة. ويستفيدان منها فى استخدام التشريعات الوطنية بقصد الحصول على مصلحة أو كسب غير مبرر ، أو فى استبعاد إجرائى لطائفة من إتفاقات التحكيم.

وهذا هو الحال فى دعوى Berltroclincs التى كانت محلاً للحكم الصادر من محكمة استئناف باريس فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٨٧ وفى خصوص هذا النزاع أبرمت شركة فرنسية مع الشركة الكندية Berltroclincs اتفاق تحكيم أنشئ لمقتضيات النزاع بحيث يرتبط به الأطراف والمحكمون مع ممثلى الشركة الفرنسية، وقد أعد المدلسون منذ إبرام إتفاق التحكيم حتى النطق بالحكم تحكيماً صورياً، أى يأخذ مظهراً مصطنعاً مخالفاً للحقيقة. بمقتضاه يحكم على الشركة الكندية بمبالغ معينة لها أهميتها. وقد وقّع المحكمون ومركز التحكيم سلفاً إتفاقاً مؤداه أنه يجب تقسيم المبالغ المقضى بها على الشركة الكندية وهذا الإتفاق اكتشف على أثر شكوى قدمت من الشركة الكندية، وقد تم اعتبار مجموع الإجراءات باطل، ومؤاخذة المدلسين.

---

(1) M. de Boisseson. M. L'arbitrage ..op. cit. P.4.

(2) Cité par Bosseson ...op. cit. P. 5.

وهناك مثال آخر، انقسام شركة Ganz إلى سبع شركات، التى كانت قد افتتحت ثلاث أسواق لتسليم مادة الحديد إلى الشركة الوطنية لسكك حديد تونس، وقد تم إعتبار هذا الوضع بمعرفة محكمة التحكيم ومحكمة استئناف باريس مخالفاً لمبدأ حسن النية الذى يجب أن يسود علاقات التجارة الدولية. كما بيّن Laurance Idot ، أن أحد نقاط مقطع النزاع. كانت هى سلطات المحكمين لتطبيق قواعد النظام العام: وأيضاً مايترتب عليها من جزاء. وسلطة الجزاء تمتد أيضاً إلى مبادئ النظام العام، وبوجه خاص، تلك الخاصة بحسن النية التى تكشف دون شك عن نظام عام دولى (١).

والغش فى محل التحكيم يثير المركز التقليدى الذى يمارس المحكم من خلاله وظيفته القضائية. ويؤدى فى سبيل الفصل فى النزاع إلى تقدير الأفعال أو السلوك القابل لتكييفه بوصفه غشاً أو فساداً.

وهذا المظهر الأخير للعلاقات بين الغش والتحكيم يندرج فى مسألة القابلية للتحكيم (٢).

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى ٢٥ مايو سنة ١٩٩٢ أنه ينتج من المبادئ العامة للقانون فى مسألة الغش، أنه على الرغم من استبعاد الطعن بالمراجعة طبقاً للمادة ١٥٠٧ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد، فإن سحب الحكم الصادر فى فرنسا فى مسألة التحكيم الدولى تقبل إستثناء فى مسألة الغش متى كانت محكمة التحكيم مشكلة بعد النطق بالحكم. أو يمكن أن تجتمع من جديد (٣).

(1) Cité par Bosseson ..op cit. P 6-7

(٢) رقم ١٩٧ ومابعده.

(3) Cass 25. Mai 1992. Rev crit 1992. P 699 Note Oppetit B.

وتبدو فائدة الحكم المشار إليه أنه يمدنا بمثال للغش فى إجراءات التحكيم فى أنه رد المرافعة بين الأطراف إلى المسألة الجوهرية للغش وإلى المبادئ العامة للقانون التى تتبوأ قمة التنظيم القانونى.

وإذا لم تجتمع هيئة التحكيم، فما هو القضاء المختص؟

لم تجب محكمة النقض الفرنسية على هذا التساؤل، مما أفسح المجال لإجابات محتملة.

إما أن يختص بذلك القضاء الذى يمكن أن يكون مختصاً ، فيما لو لم يكن هناك تحكيم، أو محكمة تحكيم جديدة تنشأ تطبيقاً لإتفاق التحكيم.

ويلاحظ أن الإلتزام بتفيذ العقد فى حالة الغش المنسوب إلى ناقص الأهلية فى إبرامه، يخضع للقانون الشخصى، أو لقانون محل ارتكاب الغش، حسبما يتّجه إليه الرأى من اعتباره رفضاً للبطلان، أو طريقاً للتعويض (١).

اليمين الحاسمة :-

١٢٦- يجوز لأى من الخصمين توجيه إليمين الحاسمة إلى الآخر؛ لأن إليمين صلح ، وليس للمحكّم أن يعترض على الصلح.

الاثبات بشهادة الشهود (٢) :

هناك الاثبات الخطّى، إذ يقدم الشاهد شهادته قبل المدة المحددة ويتم إبلاغها للطرف الآخر إذا لم يكن حاضراً أو تضمنت بيانات جوهرية.

والغالب هو الاثبات الشفوى، إذ يدلى الشاهد بهذه الشهادة بناء

---

(1) Batiffol et Lagarde. dr. int. priv. t (2) 1976. P. 283, 284 et note (41).

(٢) الدكتور عبد الحميد الأحدب مجلة الدراست القانونية جامعة بيروت سنة ١٩٩٩ ع (٢) ص ١٠٥، ١٠٦ .

على طلب هيئة التحكيم سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف والشاهد فى التحكيم لايحلف إليمين الا اذا استلزمت ذلك بعض القوانين مثل القانون الإماراتى.

الفصل الرابع
القانون الواجب التطبيق على الموضوع

تمهيد وتقسيم :

١٢٦م - نعرض فى هذا الصدد للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية فى إطار منهج تنازع القوانين، ثم فى إطار قانون التجارة الدولية، وهو نظام قانونى يختلف تماماً عن نظم العقود الداخلية، مع مراعاة أن المحكّم الدّولى لايستمدّ سلطته من أية دولة معينة.

ومما يرتبط بموضوع النّزاع الذى يطرح على التحكيم مسألة مدى قابلية النّزاع للتحكيم التجارىّ الدّولّى. وكذلك القانون الذي يحكم التفسير، والتكييف، وعمله الوفاء أمام قضاء التحكيم.

واستناداً إلى ماتقدم، ينبغى تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث على النحو الآتى:

المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية فى إطار منهج تنازع القوانين.

المبحث الثانى : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية فى إطار قانون التجارة الدولية.

المبحث الثالث : مدى قابلية النزاع للتحكيم التجارى الدولى.

المبحث الرابع : القانون الذى يحكم التفسير، والتكييف، وعملة الوفاء فى عقود التجارة الدولية أمام قضاء التحكيم.

المبحث الأول
القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية
فى إطار منهج تنازع القوانين

تمهيد وتقسيم :

١٢٧- عرض القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى للقانون الواجب التطبيق فى هذا الخصوص. وطبقاً للمادة ٣٢ من هذا القانون تطبق هيئة التحكيم قانون الإرادة الذى اختاره الأطراف. وأن إختيار الأطراف لقانون دولة ما. أو لنظامها القانونى. ويؤخذ على أنه إشارة إلى القانون الموضوعى لتلك الدولة، وليس إلى قواعدها المتعلقة بتنازع القوانين (١). مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

وتعترف إتفاقية نيويورك بهذا المبدأ فى قواعد الاسناد التى أقرتها، وكذلك لائحة غرفة التجارة الدولية. ويجب أن نؤكد فى هذا الصدد، إن المحكم لايملك «قانون قاضى» يستمد منه قواعد تنازع القوانين (٢).

وفى إطار التحكيم، يمكن أن تتحدث عن مجرد إدماج القانون مباشرة فى العقد، أكثر من الإستناد إلى قاعدة التنازع الدولية المتعلقة بإختيار القانون الواجب التطبيق على العقود.

ومع ذلك، يجب أن نعرض فى هذا الصدد للنظريات المختلفة فى

---

(١) فقد يختار الأطراف قواعد تنازع محددة فى دولة معينة.

(2) L'affaire No. 1512 en 1971, Clunel 1974, P. 884.

القانون الدولى الخاص، بشأن طريقة تحديد القانون المختص. التى تنطبق على عقود التجارة الدولية وعلى غيرها، سواء فى إطار قضاء التحكيم أم فى قضاء الدولة فتتصدى بادئ الأمر للنظرية الشخصية البحتة أو فكرة الإدماج. ثم نعرض لنظرية التركيز الموضوعية، ونظرية إزدواج نظام العقد، ونظرية الأداء المميز، ومبدأ قانون الإرادة فى القانون المصرى، وأخيراً لنظرية إرادة إنطباق القانون الأجنبى فى الفقه المفرد الجانب.

١٢٨- وفى جميع الأحوال، يجب عند تطبيق القانون المختص على قضاء التحكيم مراعاة أحكام العقد، وعادات وأعراف التجارة الدولية. إذ يقضى القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، بأنه يجب فى جميع الأحوال على المحكم الاعتداد بإشتراطات العقد، أى مراعاة أحكام العقد، وعادات التجارة الدولية.

كما تنص الإتفاقية الأوربية (جنيف) سنة ١٩٦١ على حرية الطرفين في تحديد القانون الذى يلتزم المحكّم بتطبيقه. وفى حالة عدم وجود بيان من الطرفين، وجب على المحكم تطبيق قواعد الإسناد الملائمة. وفى كلتا الحالتين ينبغى على المحكم مراعاة إشتراطات العقد، وعادات التجارة الدولية (مادة ١/٧).

وقد تضمنت المادة ٥/١٣ من نظام غرفة التجارة الدولية نصاً مماثلاً.

وهذا هو ماأخذ به المشّرع المصرىّ فى المادة ٣/٣٩ من قانون التحكيم الجديد.

ويبين من هذه النصوص، أنه يعتد بعادات التجارة الدولية

بوصفها عنصراً من عناصر القانون الذى يتم الفصل فى النزاع على أساسه. مع مراعاة «أن المحكم بالقانون لايخلق العادة ولكنه يراعيها» (١).

ولكن تطبيق هذه العادات إنمّا يأتى بصورة تبعية أو تكميلية، أو إحتياطية (٢) ، لأن الأولوية- كما سبق بيانه- للقانون (٣) الذى اتفق الأطراف على تطبيقه، ولمنهج التنازع.

وغنى عن البيان أن عادات وأعراف التجارة الدولية لاتطبق إلا بما لايتعارض مع القانون الواجب التطبيق (٤). إذا لم يكن هناك نص يتضمن الإحالة إليها.

ومن هنا يتضح مدى قيام التعايش بين منهج قواعد التنازع. وعادات وأعراف التجارة الدولية، وأن الأمر هنا لايتعلق بالتنازع بين المنهجين بقد ما يتعلق بالتكامل بينهما، ولهذا يجب فى جميع الأحوال عن تطبيق القانون المختص مراعاة أحكام العقد، وعادات التجارة الدولية.

---

(1) "L'arbitre de droit" ne crée pas l'usage mais le contstate" Loquin, l'amiable composition ... P 335.

(٢) ماسبق رقم ٤٠ ومابعده.

(٣) وقد إستبعدت المادة (٦) من نظام تحكيم المؤسسة العربية لضمان الإستثمار تطبيق أى قانون وطنى معين على نزاع الإستثمار، وأوجبت على محكمة التحكيم تطبيق نصوص إتفاقية مؤسسة ضمان الإستثمار والمصادر المنصوص عليها فى المادة (٦) من الإتفاقية . وفى حالة عدم وجود هذه المصادر، يجب تطبيق المبادئ القانونية المشتركة بين الدول المتعاقدة. تلك المعترف بها فى القانون الدولى.

(٤) ولايمكن الرجوع إلى هذه الأعراف والعادات التجارية الدولية أمام القضاء الوطنى إلا إذا إختارها الأطراف، وتكون بمثابة الشروط التعاقدية التى لاتقوى على مخالفة النظام العام فى دولة القاضى وكذلك القواعد فورية التطبيق التى تتصل بالعلاقة ولو كانت تنتمى إلى قانون أجنبى (الدكتور هشام صادق) القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ١٩٩٥ ص ٥٧٢ وهامش رقم ١١٦-ماسبق رقم ٤٥ .

١٢٩- وفى ضوء ماتقدم. يمكن تقسيم هذا المبحث إلى ستة مطالب :

المطلب الأول : النظرية الشخصية البحتة أو فكرة الادماج.

المطلب الثانى : نظرية التركيز الموضوعى.

المطلب الثالث : نظرية ازدواج نظام العقد.

المطلب الرابع : نظرية الأداء المميّز.

المطلب الخامس : مبدأ قانون الإرادة.

المطلب السادس : إرادة انطباق القانون الأجنبى فى الفقه المفرد الجانب.

المطلب الأول
النظرية الشخصية البحتة أو فكرة الإدماج

١٣٠- وتجد أساسها فى مبدأ سلطان الإرادة فى إختيار القانون، وليس مبدأ قانون الإرادة.

ويتم إدماج القانون إما عن طريق ترديد نصوصه فى صلب العقد، أو عن طريق الإحالة إلى ذلك القانون.

ولهذا ذهب جانب من الفقه المصرى (١)، إلى التفرقة بين مبدأ سلطان الإرادة مباشرة فى اختيار القانون، ومايترتب على ذلك من إعتبار القانون فى حكم الشروط التعاقدية، وبين مبدأ قانون الإرادة(٢) الذى يستند إلى قاعدة إسناد وضعية.

ولايشترط فى هذا الإختيار أن يكون على صلة بين القانون المختار والعلاقة المتنازع عليها. إذ قد يرى الأطراف إن القانون المدمج أكثر ملاءمة في نصوصه مع طبيعة التصرف المبرم بينهم.

وأثناء تدوين اتفاقية لاهاى، تم إستبعاد الإتجاه الذى كانت قد نادت به وفود عديدة، وعلى الأخص الوفد الإيطالى المعارض لحرية الأطراف المطلقة فى الإختيار، إستناداً إلى أن تقييد هذه الحرية، أو الحد منها، يؤدىّ إلى عرقلة التجارة الدولية.

وطبقاً للنظرية الشخصية، يستطيع أطراف النزاع استبعاد بعض

---

(١) الدكتور هشام صادق فى تنازع القوانين الطبعة الثالثة ١٩٧٤ ، ص٦٥٢ ، وهامش ص ٦٥١ وكذلك هامش ص ٦٥٦ .

(٢) مايلى ١٤٨ ومابعده.

النصوص من القانون المختار، ولهم تجزئة العقد، وإختيار أكثر من قانون لحكم عناصره المختلفة. وفى هذه الحالة يعتبر العقد رابطة متعددة الجوانب.

وهذه النظرية ترى أن القانون ينزل منزلة الشروط التعاقدية فى عقود التجارة الدولية ويأخذ حكمها، بحيث يفقد طابع القانون بمعناه الدقيق، أى باعتباره قراراً صادراً من المشّرع، عندئذ لايتأثر القانون المدمج بما يطرأ عليه من تعديل أو الغاء، بمعنى أنه لايسرى إلا القانون المدمج فيه- استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة- بحالته التى كان عليها وقت إبرامه، مع إسبتعاد جميع مايطرأ عليه من تعديلات تشريعية، حتى ولو كانت هذه التعديلات التشريعة تمثل قوانين آمرة (١). بل إن هذه القوانين الآمرة تفقد طابعها فى النطاق الدولى (٢). وهو مايطلق عليه «شرط الثبات التشريعى» Clause de stabilité législative أو «تجميد القانون فى الزمان» Petrification de la loi dans le temps

ولايستطيع المحكم أن يحل إختياره محل إختيار الأطراف فى إختيار هذا القانون N'a pas le pouvoir de substituer son propre choix a celui des parties مما يسمح له بإستبعاد كافة النظريات الفقهية التى تجير للقاضى هذه السلطة (٣)، لأن البحث عن القانون المختص بالنسبة للمحكم الدولى لايأخذ نفس المفهوم بالنسبة للقاضى الوطنى "Ce qui lui permet d'ècater tout examen de théories doctrinales accordant ce pouvoir au juge"

---

(١) مالم يتعارض هذا الشرط التعاقدى مع النظام العام بمفهومه الدولى.

(2) PILLET : Traité pratique de droit int. privé, (2) paris - Frenoble, PP. 282,283.

(3) Observations sous sentence rendue dans l'affaire No. 1512 en 1971, Clunet 1974, PP. 905 et s., Spec. P. 612.

(٤) دكتور منير. عبد المجيد فى العقود الخاصة الدولية المعاماه السنة ٧١ ص ٤٤ .

وهذا الاتجاه يمثّل عوداً إلى مبدأ سلطان الإرادة المطلق الذى نادى به الفيلسوف Kant.

والمفروض أن مدى فعالية هذا الشرط يخضع للقانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا المبدأ فى العديد من أحكامها، منها الحكم الصادر فى ١٥ يناير ١٩٣٥ (١). وكان النزاع يتعلق فى هذه الدعوى بعقد بيع مبرم سنة ١٩١٤ بين طرفين يتوطن أحدهما فى باريس والآخر فى استراسبورج. وبعد فترة طالب البائع بفوائد عن دينه السارى خلال الحرب. وخلصت محكمة النقض إلى تأييد حكم محكمة الاستئناف فيما انتهى إليه من أن الفوائد المتعلقة بهذا الدين الناتج عن توريد بعض المهمات الخاضعة للقانون الأجنبى الخاص بزمان ومكان تحرير العقد (سنة ١٩١٤)، بمنأى عن السقوط المنصوص عليها فى مرسوم ٢٥ مارس ١٩١٩ ، على أساس أن هذا المرسوم لايخضع له إلا الفوائد القانونية Intérêts légaux التى ينص عليها مرسوم سنة ١٩١٤ . أما الفوائد موضوع المطالبة ، والخاضعة لقانون أجنبى ، فإنها لاتحمل هذا الطابع، بل لها طابع إتفاقى أو تعاقدى.

ويجوز أن يتم إدماج المعاهدة فى عقد معين، ومن تطبيقات هذا المبدأ أنه يجوز أن يتضمن سند الشحن إتفاقاً صريحاً من الأطراف على تطبيق معاهدة سندات الشحن فى المجالات التى لاتخضع لأحكامها Clause Paramount ويتم تطبيق أحكام المعاهدة فى هذا الفرض بوصفها شروطاً تعاقدية، أسوة بسائر بنود سند الشحن،

---

(١) Rev. Crit. 1936, P. 463.

ويكون لهذه الأحكام المدمجة طابع الثبات التشريعي، فلا تتأثر بتعديل المعاهدة أو إلغائها.

وبهذا حكمت هيئة التحكيم في ١٥ مارس ١٩٦٣ (١) في شأن النزاع بين إيران واحدى شركات البترول بالنسبة لمخاطر الإستثمار، أنها تتطلب الأمان التشريعي، ويجب حمايتها ضد أي تعديلات تشريعية من جانب الدولة، حتى يمكن تجنب المساس بضرورة ثبات العلاقة التعاقدية.

وقد حكمت محكمة Aix-En- provence في ٧ مايو سنة ١٩٩٧ بعدم انطباق القانون الفرنسي، ولا الاتفاقيات الدولية السارية في فرنسا بقوة القانون ذلك أن المادة (١٦) من القانون الفرنسي الصادر في ١٨ يونية سنة ١٩٦٩ ، لاتنطبق على النزاع ، طالما أن ميناء القيام Kandia en inde وميناء الوصول في Frectown en Sierra Leone في الخارج - ومن ناحية أخرى ، فإن قواعد هامبورج (اتفاقية الأمم المتحدة في ٣١ مارس ١٩٧٨) ليست سارية في فرنسا . كما أن دولةإصدار سند الشحن وميناء الوصول Inde ليسا أطرافاً في معاهدة بروكسل لسنة ١٩٢٤ التي هي قواعد لاهاي.

بالإضافة إلى ذلك، فإن شرط Paramount لسند الشحن لايشير إلى قواعد "La Haye Nisby" إلا إذا طبقت بقوة القانون، وليس هذا هو الحال في النزاع الراهن طالما أنها ليست سارية في الهند بلد ميناء القيام ومكان إصدار سند الشحن.

وقد اعتد الحكم بقواعد هامبورج السارية في Sierra Leone بوصفها شرطاً اتفاقياً Paramount يخضع النقل محل النزاع لقواعد

(1) International Law Reports, 1967, P. 192.

لاهاى وتشريع دولة الوصول المطابق (D.M.F. JANVIER 1998. P.29
ets Note Piérre- Yves, Nicolas)

وهذا هو ما أجازه قانون التحكيم الجديد فى المادة السادسة منه التى تنص على أنه إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لاحكام عقد نموذجى أو اتفاقية دولية وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم.

١٣١- وهذا القانون المختار، يمكن أن يكون محل تعديل أو إختيار مغاير من جانب الإطراف أنفسهم فى أية مرحلة من مراحل التحكيم، أسوة بسائر بنود العقد.

وقد أبدت محاكم الدول الإشتراكية مثل بولوينا ، ورومانيا، هذا الاتجاه، وعلى سبيل المثال، فقد إعتدت هيئة التحكيم الخاصة بمسائل الملاحة البحرية والنهرية Gdynia فى ١٨ يوليو ١٩٦٢ ، بإقرار الخصم بالجلسة، واعتبرته بمثابة تعديل للإختيار السابق حصوله (١).

إن صحة شرط الثبات التشريعى الذى بمقتضاه يجمد الأطراف Les parties ont figé نصوص القانون الواجب التطبيق أصبح معترفاً به ، ويكاد يكون مستقراً فى إطار التحكيم (٢)، ما جعل قضاء التحكيم يميل غالباً إلى الاعتداد بالنظرية الشخصية التى تستند إلى فكرة الثبات التشريعى.

---

(1) Deby- Gérad : Le rôle ..., op. cit., P. 235 No. 317, Note 82.

(2) La sentence 24 Mars 1982. Clunet 1982, P. 869, Note Kahn
30 Nov. 1979, Rev. crit. 1982, P. 92, Note Batiffol Sentence 31 Mars 1986, Le Conseil Adminstratif du C.I.R.D.I., Clunet 1988, P. et s.., spéc. 177 et 178
وهذا الشرط له أهميته فى عقود الإمتياز طويلة المدى. وأنه إذا لم يكن هذا الشرط صحيحاً، فإنه قد يمكن الدولة من التنصل من إلتزامتها بإصدا رتشريع معين. ومثل هذا التشريع لايمكن تبريره إلابهدف المصلحة العامة فى حالة التأميم الذى يؤدى إلى التعويض الملائم.

ومن المؤكد أن هذه النظرية تؤدىّ إلى تلاشى كل فكرة تتعلّق بقواعد تنازع القوانين (١) استناداً إلى ما للإرادة من شبه قوة مطلقة دون الاستناد إلى قانون يبرر وجودها.

وغنى عن البيان، أنه متى كان القانون المدمج في العقد، فى حكم الشرط التعاقدى، فإنه لايقوى على إبطال هذا العقد، كما أن خطأ محكمة الموضوع في تفسيره بنأي عن رقابة محكمة النقض، مالم يؤد التفسير إلى إمتداد رقابة المسخ.

وفكرة الإدماج تتعارض مع فكرة الإحالة. أى أن هذه الفكرة الأخيرة لاتجد محلاً فى نطاق الإدماج.

١٣٢- ولفكرة الثبات التشريعى وجه آخر. ذلك أن العقد قد يتضمن بداءة شرطاً مؤدّاه أن القانون الذى يسرى عليه عند النزاع، هو القانون القائم وقت إبرامه، مع استبعاد أى تعديل تشريعى يطرأ عليه. ومن هذا القبيل ماتنص عليه المادة (١٥) من الإتفاق المبرم بين الكاميرون، وإحدى شركات التنقيب عن البترول وإستغلاله. فقد ورد به « أنه لايمكن أن نطبق على الشركة دون موافقتها سلفاً أى تعديل لاحق على النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الإتفاق ».

وهذا هو الحال بالنسبة الإتفاق المبرم سنة ١٩٧٨ بين تونس واحدى شركات البترول الامريكية (٢).

١٣٣- وقد رأى جانب من الفقه (٣) أن التعاون المتطلب فى إطار

(1) Déby- Gérard, LE rôle ... op. cit., P. 232.

(٢) راجع ذلك معروضاً فى بحث الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة فى عقود الإستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد ٤٣ سنة ١٩٨٧ ص ٦٩.

(3) FOUCRHARD : L' adaptation des contrats a la conjoncture économique. Rev. Arb. 1979, P. 1979,et s.

التجارة الدولية، يتنافى مع شرط الثبات التشريعى. وهو ما كان دافعاً إلى نشوء نماذج جديدة من العقود « متحركة المضمون »، إستناداً إلى شرط « إعادة النظر » أو « المراجعة » أو شرط « الملاءمة » مع الظروف الإقتصادية Conjoncture économique بهدف بعث الثقة والإستقرار فى المعاملات الدولية، على أساس أن هناك متغيرات لايمكن التكهن بها مقدماً.

١٣٤- ومع ذلك اتّجه جانب من الفقه (١) ، أن إختيار القانون يجب أن يكون على صلة بالعقد، سواء كانت الصلة قائمة على جنسية الأطراف أو مكان الإبرام، أو مكان التنفيذ، أو على مقتضيات التجارة الدولية، وأن دور الإرادة ينحصر فى تركيز العقد، وبيان مركز الثقل فى العلاقة. وهذه نظرية التركيز الموضوعية.

(1) BATIFFOL · Les conflits dde lois en matére de contrats, 1938, No. 57.

المطلب الثانى
نظرية التركيز الموضوعية

تمهيد :

نتصدى فى هذا الخصوص لمضمون نظرية التركيز وتطبيقاتها فى عقود التجارة الدولية. ثم فى إطار تركيز العلاقة فى أطار قوانين البوليس.

مضمون النظرية وتطبيقاتها فى عقود التجارة الدولية :-

١٣٥- وليس ثمة مايمنع من أن يطبق المحكم نظرية التركيز على علاقة التجارة الدولية، وفى إطار هذه النظرية، تنتفى إرادة الأطراف فى إختيار القانون الواجب التطبيق. وذلك أن دور الإرادة هنا هو تركيز العقد في مكان معين، أي تحديد مقره وفقاً للعناصر الواقعية المرتبطة به إرتباطاً وثيقاً والمحيطة بظروف التعاقد وموضوعه، وذلك حماية للمصالح الإقتصادية والإجتماعية فى هذا المكان.

ولا شك أن إنكار دور الإرادة- طبقاً لهذه النظرية- فى إختيار القانون يؤدى بالتالى إلى استبعاد فكرة الإدماج المؤسسة على سلطان الإرادة.

وفكرة التركيز تحتفظ للقانون المحدد بطابع القانون. وهى الطريقة المثالية لوحدة القانون المطبق على العلاقة، وبهذا تتفادى تجزئة العلاقة الواحدة بين عدة قوانين، وهى التجزئة التى يمكن أن تؤدى إلى نتائج غير مترابطة.

ومتى تم تركيز العقد فى مكان معين، فإن الأطراف يكونون قد إرتضوا سلفاً الخضوع لنظام تشريعى بكل يصيبه من تعديلات تشريعية (١).

ويتعين اللجوء إلى قواعد التشريع الأجنبى الإنتقإلى لتحديد نطاق سريان ماتضمنه من نصوص جديدة من حيث الزمان (٢).

١٣٦- وكثيراِ ما يحمل التركيز طابعاً إقليمياً عندما تتم عملية التركيز عن طريق توافر عناصر مادية تسمح بإسناد العلاقة فى مكان معين (٣). وفى هذا يشير (موتلسكى) (٤) أن عملية التركيز هنا تقوم على إسناد العلاقة إلى حيز مكانى ولكن ذلك لايعنى أن إعمال نظرية التركيز يؤدى حتماً إلى فكرة الإقليمية فعندما يتم الإعتماد فى إجراء التركيز على عناصر خارجة عن نطاق العقد أكثر من عناصره الداخلية، فإن التركيز عندئذ يبتعد عن الطابع الإقليمى ليصبح تركيزاً ذهنياً (٥) بحيث يعبر عن الرابطة التى تقوم بين العقد ونظام قانونى معين.

١٣٧- ويتم التركيز فى الإفتراضات التى لم يتوقع فيها الخصوم المشكلة، أو فى الفروض التى يكون فيها الخصوم على دراية بالمسألة ولكنهم لو يتوصلوا إلى إتفاق بشأنها، عندئذ يعتبر أنهم قد عهدوا بها

---

(١) دكتور منير عبد المجيد، حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف فى العقود الخاصة الدولية، المحاماة ١٩٩١، العدد ٨٢٧، ص ٤٢ ومابعدها، وعلى الأخص ص ٥٠و ٥١ .

(2) Gavalada les conflit dans le temps en dr. international Privé. Paris 1955-P. 315 lerebours - Pigeonniére droit intern. priv. 6. éd 1954. P304 et s. M28

(3) BATIFFOL et LAGARDE : Traité ...., 5 éd, P. 264.

(4) Note sous Cass. 24 Avr. 1952, Rev. Crit. 1952, P. 502.

(5) BATIFFOL : Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé, (Mélanges Maury, T. (1), P. 40 et s.

إلى شخص من الغير، هو المشرع أو القاضى أو المحكم.

وقد قضت المحكمة الفيدرالية الألمانية (١) فى دعوى طبقت فيها المحكمة القانون الألمانى على عقد منحت فيه شركة إنجليزية إلى شركة طباعة ألمانية حق استغلال ترجمة مؤلف إنجليزي فى ألمانيا، إعتبرت أن تنفيذ العقد فى ألمانيا يشكل الالتزام المميز للعقد فى شأن تركيزه، وهو القانون الأكثر إرتباطاً بالنزاع.

١٣٨- واعتدت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ١٥٦٢ لسنة ١٩٦٨ (٢) بقانون الدولة مانحة عقد الامتياز، إستناداً إلى أن هذا القانون الخاص بمكان التنفيذ يمثل إرادة الأطراف فى تركيز عقدهم فى هذا المكان.

كما رأتْ هيئة التحكيم لدى المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة فى حكمها. الصادر بتاريخ ٧ يوليو ١٩٨٥ - فى النزاع بين شركة فلوح سرفيس النمساوية ووزير الزراعة المصري، تركيز العلاقة موضوع النزاع فى الإقليم المصرى استناداً إلى أن العقد بن الطرفين أبرم فى مصر، وأن مصر هى قانون مكان التنفيذ وهى فى ذات الوقت قانون الدولة التى وقع فيها حادث تحطيم الطائرة (٣).

وخلصت الهيئة من عناصر الدعوى المشار إليها إلى أن القانون المصرى هو الواجب التطبيق فى شأن مسئولية وزارة الزراعة عن تعويض الضرر الذي لحق الطائرة لما نسب إليها من خطأ أدى إلى

---

(1) COHN : The objective practice on the proper law of the contracts in international and comparative law, Quarterly, 1957, P. 37 et s.

(2) Clunet : 1976. P. 915 et s . spéc. P20.

(٣) هذا ويلاحظ أن أساس تطبيق القانون المحلى على الألتزامات غير التعاقدية، هو الأعتداد بتركيز الوقائع التى نشأ عنها الفعل الضار أو النافع فى المكان الذى تحققت فيه.

وقوع الحادث.

من هذا القبيل أيضاً، إرادة الأطراف تركيز عقدهم فى دولة المنشأة التى تنتج البضاعة موضوع العقد أو إختيار الأطراف لتشريع مهنى معين (١).

ومع ذلك، إذا تعدّدت أماكن التنفيذ، يتعين البحث عن مكان التنفيذ الرئيسى والإعتداد بقانون هذا المكان دون أماكن التنفيذ الثانوية (Lieu d' exécution principal) . وهذا المكان الرئيسى يمثل مركزالثقل فى العلاقة (٢)centre de gravité أما قانون مكان الإبرام، فإن طابعة العارض يفقده قيمته التركيزية (٣).

وقد تعتبر اللغة عنصراً للاعتداد بالجنسية فى تركيز علاقة قانونية معينة. كما يمكن أن يعتبر إختيار المحكم بمثابة رابطة بنظام هذا المحكم يبرر تطبيق قانونه (٤).

والاعتداد بالقرائن والدلائل التى تكشف عن إرادة المتعاقدين فى تركيز الرابطة التعاقدية يكون أقرب إلى التركيز الشخصي منه إلى الموضوعى (٥) وهو ما قد يؤدى إلى تنوع الاسناد من عقد لآخر رغم إتحادها فى الطبيعة.

---

(1) GOLDMAN : Les conflits de lois dans l'arbitrage international, Rec. de Cours, 1963, PP. 447 et s.

(2) Sentence rendue dans l'affaire No. 4132 en 1983. C.I.I. Clunet 1983, P. 891 et se Obs. Y.D. Sentence rendue dans l'affire 5004 en 1989, Clunet 1989, P. 1107 et s.

(3) Sentence rendue dans l'affaire 4434 en 1983. C.I.I., Clunet 1983, P. et Obd. Y. D. spéc. P. 896.

(4) WENGLER : La siuation des droits, Rev. Crit, 1957, PP. 192-192.

(5) Localisation subjective effectuée par l'arbitre. راجع مايلى رقم ١٥٢ (فى الأختيار الضمنى)

١٣٩- ولما كانت براءات الاختراع (١) والعلامات التجارية، يمكن أن تكون محلاً لبيع أو شراء تبادل دولى، فإن الحقوق المتعلقة بها، تعتبر كائنة فى إقليم الدولة أو التى يسرى فيها الحظر المتعلق بمنع الغير من صناعة وبيع الشئ المخترع، أو إستعمال العلامة فى حدود دولة معينة (٢).

وفى هذا المعنى قضت محكمة الإستئناف الفيدرالية فى حكميها الصادرين بتاريخ ١٠ مايون و ٧ يونية ١٩٥٧ (٣) بأن حق صاحب الاختراع كائن فى إقليم الدولة التى منح فيها هذا الحق.

١٤٠- ويرى (بارتان) المسألة من وجهة نظر أخرى. إذ يشير إلى التركيز المجازى للعلاقة Loncalisation Fictive يكون فى مكان التركيز الحقيقى للصناعة التى يستعملها. ويهدف من هذا إلى تركيز الحق المذكور فى مقر المنشأة الرئيسية (٤) au lieu principal établissement.

١٤١- وقد يكون القانون الواجب التطبيق مسألة تفرضها طبيعة العلاقة محلّ النّزاع، والظروف التى نشأت فيها، ومجموع الوقائع التى تندرج تحت قانون معين يحكمها. ومن هذا القبيل.

* بيع المنقولات الذى ينطبق عليه معاهدة لاهاى. فهى توجب إسناد العلاقة الخاضعة لها إلى قانون دولة البائع التى يقيم فيها بصفة دائمة.

---

(1) A.Francon L'Arbitrage en matière de Brevet et la Jurisprudence. Rev. arb. 1977 P. 143. spec. P. 153.

(2) WENGL;ER, OP .CIT., P. 193 Note (3).

(٣) وقد أبرمت معاهدة التعاون المتعلقة ببراءات الإختراع فى واشنطون لحماية الملكية الصناعة.

(4) Cité par Wengler, op. cit., PP. 192-193.

* عندما يدخل النزاع فى إطار إنطباق الشروط العامة لعقود التوريد، وتجميع مواد البناء والتشييد، فإنها تخضع طبقاً للمادة ٢٨ منه لقانون دولة المنشأ أو المقاول.

* إذا كانت المسألة مما تندرج فى إتفاقية واشنطن سنة ١٩٦٥ الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدولة الأخرى، فهى تقضى بخضوع النزاع للقانون الذى يختاره الإطراف، وعند تخلف الإختيار لقانون الإستثمار فى الدول المضيفة.

١٤٢- وفى إطار هذه النظرية، يجب على القاضى أن يراقب اختيار الخصوم، وأن يصحح هذا الاختيار متى كان لايعبر عن مركز الثقل فى العلاقة، وأن يرد العلاقة إلى مقرها الصحيح حتى يتجنب الخصوم الأختيار غير المنطقى لقانون العقد.

وبهذا حكمت المحكمة الفيدرإلية السويسرية (١) أن المحكمة ليست ملزمة باتّفاق الخصوم، وخلصت إلى بحث الاداء المميز (٢) فى العقد لاستخصلاص القانون الواجب التطبيق.

ولانرى مانعاً فى أن يقوم المحكوم، أسوة بالقاضى، بتركيز عمليات البنوك المختلفة التى تسهم فى تنمية التجارة الدولية مثل الأيداع في الحساب الجارى الدولى، وخطابات الضمان الدولية، والإعتمادات المستندية، تركيزاً موضوعياً فى إطار - قانون الوسط الأقتصادى فى الدولة الكائن بها المصرف. وهو مايتحدد به القانون الواجب التطبيق. وعادة يتطابق قانون المصرف مع مكان تنفيذ الأداء المميز فى العملية (٣).

(1) COHN : The objective practice, op.cit., P. 372 s et s.

(٢) مايلى رقم ١٤٧ .

(٣) الدكتور عكاشة عبد العال فى قانون العمليات المصرفية الدولية لسنة ١٩٩٣ ص ١٥٦،١٥٧،١٥٨ .

ويلاحظ أن معاهدة روما لسنة ١٩٨٠، التى أصبحت جزءاً لايتجزأ من القانون الفرنسى اعتباراً من سنة ١٩٩١ قد أطلقت حرية الأطراف فى اختيار قانون العقد. دون اشتراط الصلة بين القانون المختار والنزاع. وهو ما لايتفق مع نظرية التركيز التى توجب رد إختيار الخصوم إلى مقر العلاقة الصحيح والأختيار المشار إليها فى المعاهدة، هو إختيار مادى، يتفق مع نظرية أزدواج نظام العقد (١).

ويرى أنصار نظرية التركيز الموضوعية، أنه إذا انعدمت الرابطة بين العلاقة والقانون الواجب التطبيق، أعتبر ذلك من قبيل الغش نحر القانون.

على أن استبعاد القاضى للقانون المنبت الصلة بالعلاقة يغنى عن إعمال نظرية الغش نحو القانون والتى يصعب معها إثبات العنصر المعنوى.

تركيز العلاقة فى إطار قوانين البوليس :-

١٤٣- أتجه جانب من الفقه (٢) إلى صياغة قاعدة إسناد ذات طابع كاف ومجرد، مؤداها تطبق فى المسائل الدولية قوانين البوليس التى تتأثر مصالحها الأجتماعية والأقتصادية بالعملية التعاقدية، طالما أن العلاقة التعاقدية، أو أثارها تتركز فى نطاق التطبيق الذى تحدده هذه القوانين لذاتها.

وهذا الاتجاه يؤدى إلى الاعتراف لقوانين البوليس بنطاق تطبيق أوسع من النطاق الإقليمى إلضيّق.

---

(١) مابلى رقم ١٤٤ .

(2).Toubiana. Le domaine de la loi du contrat en dr. int priv. Thése paris 1973.P. 233.

ويــرى Neumayer (١) تـطبيـق القواعد الآمرة في النطاق الدولى كلما تحققت العناصر الواقعية المقصودة فى نص معين. سواء بصفة كليـة أو فـى شـقـها الجوهرى. وذلك فـى الـنطاق الاجـتماعـى الخاص بالمشّرع الذى أصدر النّص.

وهنا يمكن تطبيق قانون البوليس الذي ينتمى إلى نظام قانونى معين، بواسطة قاعدة التنازع التى تستعمل طريقة التركيز الموضوعى (٢) "La Méthode de Localisation objective" وهـــذا الاسناد تتحقق به رابطة جدية بين النزاع والأقليم، ويعتبر أفضل من أي وسط إجتماعى آخر.

١٤٢م – وقد يؤخذ على نظرية التركيز أنها تمنح القاضى، أو المحكم سلطة تصحيح التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق. على أساس أن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق قد ينتفى معه قيام رابطة بينه وبين العقد، ومن ثم فإنها تؤدّى إلى الإخلال بتوقعات الخصوم، وأنه لاينبغى أن تماثل بين أختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق ونظرية التركيز، لأن الاعتداد بنظرية التركيز فى هذا الخصوص يلغى دور الارادة فى القانون الدولى الخاص ويهدرها، وأنه يجب عند أختيار القانون تطبيقه بحالته، وإن نظرية التركيز لاتستعيد كيانها إلا عند الإنتفاء الصريح للقانون المختص (٣) مما ينبغي معه بيان نظرية إزدواج نظام العقد ومدى إمكان إعمالها فى إطار القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم.

(1) Autonomié de la volonté et dispostions impératives en dr. int. priv. Rev. crit. 1957, P 73.

(2) Struken. Note sous cass. des pays Bas. 13 Mai 1966, Rev. crit., 1976, P, 524.

(3) André Ponsard L'ovre de droit international privé du doyen pierre louis lucas, clunet, 1984 P. 227 . 228.

المطلب الثالث
نظرية إزدواج نظام العقد

١٤٤- إتجّه جانب من الفقه (١) إلي أن مجرد الاختيار الإرادي والصريح للقانون الواجب التطبيق على العقود لايعتبر عملية تركيز، وأن التركيز لايكون إلا فى حالة إنتفاء الإختيار الصريح لهذا القانون. وهم يستبعدون فكرة الإختيار الضمني أو المفترض، على أساس أن مثل هذا الإختيار يتسم بالطابع الوهمي أو الخيالى، لأن الإرادة إما أن توجد أو لاتوجد.

وبهذا قضت محكمة تحكيم صوفياً (٢) بأنه من العسير استخلاص إرادة ضمنية أو مفترضة للأطراف، وأن الفقه الإشتراكي ينفر منها ويعارضها بشدة.

١٤٥- وإختيار القانون يعد - طبقاً لهذه النظرية- قاعدة قانون دولى خاص مادى متعلق بالعلاقات الدولية أى قاعدة موضوعية تنطبق على النزاع مباشرة وليس ثمة قيد على هذا الإختيار(٣).

بمعنى أنه لايلزم وجود صلة أو رابطة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية حتى يتمشى مع علاقات التجارة الدولية.

ويضيف هذا الاتجاه أن تخلف قانون القاضى بالنسبة للمحكم. يستوجب أن نرى فى وظيفة الارادة قاعدة مادية. حتي ولو اصطبغت

(1) Déby-Gérard : Le Rôle ..., op. cit., P. 24 L No. 302.
(2) Clunet 1967., PP. 171 et s.
(3) Rabel Confilct of laws. t (2) P 427.

فى شكل تنازعى (١).

واستناداً إلي هذا الاتجاه، قضت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٣٤٧٢ لسنة ١٩٨٢، بأن الخصوم، بإتفاقهم المشترك، لهم سلطة تحديد القانون المادى الذى يطبقه المحكم (٢). فإذا لم يكن هناك اتّفاق من هذا القبيل، يطبق المحكم القانون المحدد بمقتضى قاعدة التنازع.

وهناك بعض المعاهدات تنطوى على قواعد قانون دولى مادى، تضع حلولاً موضوعية موحدة تنطبق مباشرة على بعض المراكز القانونية التى تنطوي علي عنصر أجنبى، مثل تلك الخاصة بالنقل البرى أو البحرى.

وفى شأن عملية التركيز عند إنتفاء الإرادة الصريحة، نجد أن المادة السادسة من إتفاقية جنيف فى ٢١ أبريل ١٩٦١ الخاصة بالتحكيم التجاري الدولى، تقضى بأنه على الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي حالة عدم إشارة الخصوم إلى القانون المشار إليه، يطبق المحكمون القانون الذى تحدده قاعدة التنازع الملائمة.

والمقصود من نص المعاهدة المشار إليها هو إختيار القواعد الموضوعية التى تحكم العلاقة، وهى تتطلب الإختيار الصريح، ومن ثم، فإنها تستبعد الإختيار الضمنى أو المفترض.

---

(1) Jean-Christophe Pommier. principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international prive conventiannal. P. 257.

(2) Obser. Y.D. sous sentence rendue dans l'affaire No. 4434 en 1983, Clunet 1983, PP, 894 et s. apéc. P. 895.

وعقد الإختيار متميز عن العقد الأصلى تماماً (١) ، حتى ولو أدرج فيه، وقد يتم عقد الإختيار فى الفترة اللاحقة على إبرام العقد الأصي، حتى ولو كان ذلك بطريق المراسلات.

وتقدر صحة الإتفاق الذى يتم بموجبه إختيار القانون الواجب التطبيق على ضوء القانون المختار الذى يحدد الشروط اللازمة لقيام رضاء صريح (٢).

ويضيف أنصار إزدواج نظام العقد، أنه إذا كان الاعتراف بالحرية المطلقة يسمح للخصوم بإستبعاد النصوص الآمرة للقانون الذي يطبق على العقد فى حالة «الأختيار الصريح» فإنهم يرون إستبعاد إعمال نظرية الغش نحو القانون التى تفترض وجود قانون ينطبق بصفة موضوعية، وأنه يجب البحث عن هذا العلاج فى تحفظ النظام العام(٣).

وهذه النظرية تغفل الأرادة الضمنية التى حرص المشرع المصري على النص عليها فى صلب أحكامه (٤).

(1) Les arrets cités par Déby-Gérad : Le rôle de. la règle ..., op. cit., P. 235 No. 317 Note 82.

(2) Déby-Gérard, Le rôle de la régle ..., op. cit., P257.

(3) Déby-Gérard. op. cit., P.P. 252.

ولايمكن الإحتجاج بالنظام العام عادة إلا على التطبيق الفعلى للقانون الأجنبى المختار أو المحدد، وليس على مجرد إختيار القانون.

(٤) المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى.

المطلب الرابع
نظرية الأداء المميّز

مضمون النظرية :

١٤٦- أدخل القضاء السويسرى على فكرة الرابطة الوثيقة نوعاً من المرونة عن طريق تركيز البحث عن المضمون المميز في العلاقة القانونية، أى الأداء المميز (١) Le notion de la prestation caractéristique والذى يعتبر بمثابة ركيزة الإسناد، وهذا يستتبع خضوع العقد إلى قانون المكان الذى يكون الإداء المميَّز متحققاً فيه، مثل مركز المشروع، أو الفرع، أو مكان ممارسة المهنة، وذلك دون بحث إرادة الخصوم، ودون البحث عن أي عنصر خارج العلاقة. وبهذا يتحقق أساس قوي ومرن لتعيين القانون الواجب التطبيق، وذلك عن طريق تحديد العنص الحاسم بطريقة مادية ملموسة، بعيداً عن الإستناد إلى ضوابط ليس لها علاقة بروح الإلتزام.

ويوضح القضاء السويسري أن هذه الفكرة تتمشى مع وظيفة العلاقة القانونية، وهى تسمح منذ البداية بمعرفة القانون المختص. وبهذه المثابة، فإنها تصون توقعات الخصوم.

وهذه النظرية الموضوعية التى تقوم على التركيز الموضوعى «البحت» تؤدى إلى وحدة القانون الواجب التطبيق، وتفادى تشتيت العلاقة بين عدة قوانين مختلفة.

---

(1) Adolf F. Schnitzer : Les contrats en droit international privé Suisse, Recueil des Cours, 1968. T. (1), PP. 541 et s.

تطبيقات النظرية:

١٤٧- ويعتبر العنصر الهام والمميز فى عقد بيع البضاعة، قيام البائع بتسليم البضاعة. وقانون هذا المكان هو الذى يحكم العلاقة. كذلك فإن أداء المقرض فى عقد القرض هو العنصر المميز، مما يتعين معه تطبيق قانون موطن المقرض، وهو الطرف الذى يلتزم بالأداء المميز.

ويخضع عقد المحامى مع موكله إلى قانون الدولة التى يباشر فيها نشاطه المهنى (١).

وبالنسبة للحساب الجارى، يطبق قانون البنك الذى تم فيه فتح الحساب الجارى بإعتبار أن أداء البنك فى عملية الحساب الجاري يعد بمثابة الأداء المميز، وإن المصارف ترتبط بالوسط الأقتصادى الذى تمارس فيه أنشطتها، والذى يسود فيه قوانين بوليس وأمن ذات تطبيق فورى بحيث يحكم العديد من جوانب الحساب الجارى دون ثمة إعتبار لموطن العميل أو جنسيته (٢).

وقد ساق القانون السويسرى بعض تطبيقات لفكرة الأداء المميز. منها أداء المودع لديه فى عقد الوديعة. والكفيل فى عقد الكفالة (٣).

---

(١) الدكتور هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية لسنة ١٩٩٥ص ٤٥٤ .

(٢) راجع الدكتور عكاشة محمد عبد العال فى قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة فى القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية سنة ١٩٩٣ ص ٢٧٩ ومابعدها، ويضيف «وذلك مالم يتفق الأطراف صراحة على إختيار قانون يكون على إتصال بالعملية المصرفية طبقاً لمبدأ قانون الإرادة. ويأخذ حكم الأرادة الصريحة الإرادة الضمنية» ص ١١٩ .

(٣) الدكتور عكاشة محمد عبد العال المرجع السابق ص ١٣٠ ومابعدها والتطبيقات المشار إليها فى القوانين المختلفة ص ١٣٤،١٣٥،١٣٦، ١٣٧ وهو يشير إلى أن الأداء المميز فى عقد النقل هو قانون الناقل وفى عقد التأمين هو قانون الشركة المؤمن لديها

وتخضع عمليات البنوك ، وعلى الأخص الاعتماد المستندى، لقانون المكان الكائن فيه البنك أو الفرع الذى يقوم بتنفيذ العملية. وهو فى نفس الوقت يعتبر العنصر الجوهرى والمميز لها فى العملية (١)، فيحكم العقد برمته.

ولهذا يمكن اسناد الإعتماد المستندى إلى قانون مكان التنفيذ سواء كان ذلك تطبيقاً نظرية التركيز أو تطبيقاً نظرية الأداء المميز (٢) التى نشأت فى رحاب القضاء السويسرى، وإنتصر لها الفقه. وهى تكفل ربط العلاقة بالنظام القانونى الأكثر إتصالاً بها والموافق لطبيعتها (٣)،(٤).

وقد تأيدت فكرة إسناد الاعتماد المستندى إلى قانون مكان التنفيذ الذى يحكم العقد، من محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٢٧ فبراير ١٩٨٤ (٥).

وتطبيق قانون البنك الضامن بمعرفة المحكمين يعد بمثابة قاعدة التنازع التى تسود المسألة، وهذا الإتجاه على عكس المبدأ الذى يفترض أن الضمان الشخصى يكون محكوماً بالقانون الذى يخضع له

---

(١) الدكتور على جمال الدين عوض الإعتمادات المستندية ١٩٨١ ص ٣٧ .

(2) SCHNITZER; A : Les contrats en droit international privé Suisse, Recueil des Cours La-Haye, 1968, T. (1) PP. 541 et s.

(3) La notion. de le la prestation caractéristique se trouve égalment chez Gamilschg, Rev. Rabel 23. 1958, P. 354.

(٤) ولايعتبر التنفيذ المادى للوفاء فى الأعتماد المستندى هو الأداء المميز فى شأن تحديد القانون الواجب التطبيق، بل يتمثل فى قيام موظف البنك الملزم بالوفاء بقبول النظام، وذلك باستلام المستندات وفحصها أو برفضها عند الأقتضاء على ضوء القانون الفرنسى المطبق على النزاع، متى ظهر له غش فيها نتيجة عدم صحتها أو قصور فى صدق مضمونها.

(Cour d'appel de Versaille. 24. Mai 1991, clunet 1993. P.632. note Stoufflet)

(٥) نقض مدنى فى ٢٧ فبراير ١٩٨٤، مجموعة المكتب الفنى، الدائرة المدنية، ص ٣٥ ص ٥٥١ ومابعدها ، رقم ١٠٥ .

الإلتزام أو الدين المضمون، مالم يثبت العكس.

ويبدو أن إختصاص قانون الضامن هو المستقر فى أعمال البنوك(١).

وهذا هو ماتقضى به المادة العاشرة من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية بالنسبة للضمانات التعاقدية التى تنص على أنه «إذا كان الضمان لايشير إلى القانون الذى يحكمه، فإن القانون الواجب التطبيق يكون هو قانون مكان المؤسسة الضامنة، فإذا كان الضامن له أكثر من مؤسسة، فإن القانون المطبق هو قانون الفرع الذى التزم بالضمان»(٢).

وهذا الحل اعتنقه المحكّمون فى الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٣٣١٦ لسنة ١٩٧٩ من محكمة التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية بباريس باللغة الإنجليزية، وهو يتطابق مع العادات الأكثر شيوعاً، ويوضح الطبيعة الحقيقة للضمان، Le veritable Nature de La garanité – على خلاف الكفالة – أنه ليس عقداً تابعاً accessoire بل هو عقد «مستقل»(٣) أو «مجرد» ,abstraite يتميز بأداء الضامن "la Prestation du garant" . وهذا فضلا عن أن البنك الذي يقع على عاتقه الضمان. يكون ملزماً بأن يعمل وفقاً لقانونه الوطنى. وهذا هو الوضع السائد فى بلاد الشرق الأوسط.

ويعد الأداء المميز الذى يؤدى إلى تحديد قانون الحيز المكانى الأكثر ارتباطاً وصلة بالعلاقة تطبيقاً لفكرة الفعالية التى تسيطر على

---

(1) Obs. sous Senrence rendue dans làffaire n. 3316 en 1979, leynet. 1980. P. 974 et s.
(2) Obs. op. cit. P. 974.

مسائل القانون الدولى الخاص (١).

وتخضع جميع العقود التي يبرمها التجار والمهنيون لقانون محل إقامتهم. أما الالتزام الواقع على عاتق عملائهم بأداء الثمن. فهو غير مميز. ولايعد الالتزام الرئيسى أو الجوهرى فى عقود التجارة الدولية(٢).

وتخضع عقود نقل التكنولوچيا لقانون الدولة المصدرة لها. بوصفها الدولة صاحبة الأداء المميز.

وقد أورد المشرع فى القانون التجارى المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ تنظيماً موضوعياً مباشراً لعقد نقل التكنولوچيا. فنص فى المادة ٧٢ منه على أن «تسرى أحكام هذا الفصل على كل عقد لنقل التكنولوچيا لأستخدامها فى جمهورية مصر العربية سواء أكان النقل دولياً يقع عبر الحدود الأقليمية لمصر أم داخلياً، ولاعبرة فى الحالتين بجنسية أطراف الأتفاق أو بمحال إقامتهم، كما تسري أحكام هذا الفصل على كل أتفاق لنقل التكنولوچيا يبرم بعقد مستقل أم ضمن عقد آخر».

وهذا التنظيم الموضوعى المباشر تضمنته المواد من ٧٤ إلى ٨٦ من القانون التجارى، ينطبق على موضوع النزاع دون ثمة حاجة للألتجاء إلى قواعد الاسناد، وتخضع أيضا *المسائل التى لم تتناولها المواد* ٧٢ ومابعدها للتنظيم المباشر فيما لوكان العقد دولياً إلى القواعد العامة

---

(١) الدكتور عكاشة عبد العال. قانون العمليات المصرفية الدولية. المرجع السابق ص ١٤١ .

(2) Lagarde, le nouveau. dr. int. priv. des contrats aprés l'entreé en vigeur de la convention de rome du 19/6/1980 Rev. crit. 1990 P. 309.

فى القانون المصرى أياً كان مصدرها ويمتنع على الأطراف تطبيق قانون أجنبى فى شأنها.

(دكتور هشام صادق. والدكتورة حفيظة. فى القانون الدولى الخاص طبعة ١٩٩٩-٢٠٠٠ ص ٤٠١،٤٠٢،٤٠٣)

وفى إطار العلاقات بين المحيل والمحال إليه، فإن قانون الإرادة هو الذى يحكمها، وعند انتفاء الأختبار، فإن معاهدة روما تحدد الإسناد بقانون الدولة الأكثر ارتباطاً بالعقد. وهو مايفترض معه «أنه قانون الموطن المعتاد للطرف الذى يصدر منه الأداء المميز، ويقصد به المحيل.

(Anne Sinay CYTERMANN. LES CONFLIS de lois concernant l''apposilibite des transfert de creance Rev. crit 1992. P. 35 et s.)

١٤٨- وإذا تعذر تحديد الأداء المميز فى العلاقة. كما هو الحال فى بعض العقود مثل المقايضة، التى تكون فيها أداء كل مقابل بمثابة أداء مميز، عندئذ، يتعين على القاضى أن يطبق القانون المرتبط بالعلاقة إرتباطاً وثيقاً على ضوء الظروف والملابسات فى كل حالة على حدة(١).

وهذا الاتجاه يلتقى مع نظرية التركيز الموضوعى عندما يستخلص منها القانون المختص بحكم العلاقة. من ظروف التعاقدد وملابساتها.

وهذا هو الحال أيضاً، إذا كان الواضح بجلاء من الظروف أن العلاقة ترتبط بدولة أخرى إرتباطاً وثيقاً خلاف دولة الأداء المميز (٢).

---

(١) الدكتور هشام صادق. القانون الواجب على عقود التجارة الدولية سنة ١٩٩٥ ص ٤٥٤ الدكتور عكاشة عبد العال قانون العمليات المصرفية الدولية ص ١٢٩ رقم ٤٠٥.

(٢) الدكتور هشام صادق. المرجع السابق ص ٤٦٢ ومابعده.

سند النظرية فى القانون المصرى :

١٤٨مكرر- يمكن أن تجد هذه النظرية سندها فى القانون المصرى فى نص المادة ٢٤ من القانون المدني التى تتيح للقضاء الرجوع إلى المبادئ العامة فى القانون الدولى الخاص لحل مشاكل التنازع فى المسائل التى لم يرد بشأنها نص صريح. حتى يجد مخرجاً من جمود ضوابط الاسناد الاحتياطية المنصوص عليها فى المادة ١٩ مدنى (١).

---

(١) الدكتور هشام صادق. الموجز فى القانون الدولى الخاص. تنازع القوانين لسنة ١٩٩٣ ص ٣١٣ .

المطلب الخامس
مبدأ قانون الإرادة

تمهيد :

١٤٩ - إن خضوع التحكيم لمبدأ قانون الإرادة، يعتبر قاعدة مسلم بها فقها وقضاء في القانون المقارن لدى مختلف الدول، وتتمثل في حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع.

وقد تضمنت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم هذا المبدأ، مثل اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨، وإتفاقية جنيف سنة ١٩٦١ ونصت عليه المادة ١/٣٩ من قانون التحكيم الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (١)

وتقضى المادة ٣ من اتفاقية روما بأن قاضى الدولة يستطيع أن يطبق القانون المختار بمعرفة الأطراف على العقد أو الذى يستخلص بطريقة مؤكدة من نصوص العقد، أو ظروف الدعوى.

وقد يرد على هذا المبدأ قيود من النظام العام فى دولة التنفيذ، ويجب فى الوقت ذاته مراعاة، قوانين البوليس والأمن التى تفرض فى مجال العقد التزامات قانونية تنأى عن مبدأ قانون الإرادة. فهذه القوانين يجب إحترامها إستناداً إلى أولوية المصالح العامة على

---

(١) تقضى المادة ٢٤٧ من قانون التجارة البحرية وجوب تقيد المحكمين عند الفصل فى منازعة التحكيم البحرى بأحكام القانون البحري ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح.

ويبطل أي أتفاق مبرم قبل نشأة النزاع علي تفويض المحكمة بالفصل في المنازعة طبقاً لقانون آخر خلاف القانون البحري، وهذا النص الذي تضمنته المادة ٢٤٧ نص خاص ومن ثم يُقيِّد النص العام الذي تضمنته المادة ١/٣٩ من قانون التحكيم الجديد ومن ثم فلا يمكن في اطار التحكيم البحري إلا تطبيق قانون التجارة البحري دون سواه.

المصالح الخاصة للأطراف.

وفى هذا الخصوص نعرض لمبدأ تطبيق قانون الإرادة على نزاع التحكيم، سواء كان هذا التطبيق عن طريق الإختيار الضمنى وفكرة الأختيار المفترض والقانون المختار وتوقعات الأطراف وفكرة الأختيار الإرادى المؤدية إلى بطلان العقد، والوضع بالنسبة لعقود الدولة فى إطار التحكيم، ومدى ملاءمة تطبيق القانون الدولى العام على عقود التجارة الدولية، لكوْن الدولة طرفاً فى النزاع، ومدى التزام المحكم بتطبيق القانون الذى يحكم النزاع تلقائياً.

كما يتعين بيان فكرة التطبيق الإجمإلى للقانون المختص، ونعرض للوضع فى القانون الواجب التطبيق عن تخلف الإرادة الصريحة وتعذر الكشف عن الإرادة الضمنية. ونتصدى لمدى تحقق فكرة الغش نحو القانون فى حالة الإختيار الإرادى، وأخيراً نشير إلى التجزئة الإرادية، والتجزئة اللإرادية.

مدى تطبيق قانون الإرادة على نزاع التحكيم:

١٥٠- نعرض فى هذا الصدد، لمبدأ قانون الإرادة بوصفه قاعدة الإسناد الخاصة بالإلتزامات التعاقدية، فنبين الإختيار الصريح ثم الإختيار الضمنى.

الإختيار الصريح:

١٥١- إن حرية الإختيار التى يقوم عليها هذا المبدأ تمثل قاعدة تنازع وليست قاعدة قانون دولى مادى، كما ذهب أنصار زدواج نظام العقد (١).

---

(١) ماسبق، رقم ١٤٤،١٤٥

ويتم إختيار القانون إستناداً إلى قاعدة الإسناد المذكورة بوصفه قانوناً بالمعنى الدقيق، وليس بوصفه شرطاً تعاقدياً، كما ذهب أنصار المذهب الشخصى (١) المؤسس على مبدأ سلطان الإرادة أو فكرة الإدماج، لأن قاعدة الإسناد المشار إليها، أساسها إخضاع العقد للقانون، وليس إدماج القانون فى العقد، ولهذا كانت القاعدة إنه لايمكن تعديل الإختيار أو إستبعاده الذى يتم عند إبرام العقد.

ومع ذلك لم ير الفقه الحديث. مانعاً من اتفاق المتعاقدين على تعديل إختيار القانون، ولو كان هذا الاتفاق يضمن تعديلاً يرتد بأثر رجعى إلى وقت إبرام العقد بشرط رعاية حقوق الغير التى تظل خاضعة للقانون الذى يحكم العقد منذ البداية (٢).

كما لايجوز أن يؤدى تغيير قانون العقد فى مرحلة لاحقة على إبرامه إلى إبطاله(٣).

وقد قضت محكمة النقض المصرية فى ١٦ يولية سنة ١٩٩٠ بأن «متى كان الثابت انعقاد جلسة التحكيم بغرفة المداولة الخاصة بالمحكم الوحيد بلندن نفاذاً لأتفاق الطرفين. وتذييله بتوقيعه ووجود خاتم غرفة التجارة الدولية بباريس وتصديق القنصلية المصرية عليه، لاينفى انعقاد التحكيم فى لندن، وإعمال أحكام القانون الانجليزى عليه (٤).

---

(١) ماسبق، رقم ١٣٠ ومابعده.

(٢) الدكتور هشام صادق: الموجز فى القانون الدولى الخاص- تنازع القوانين ، ١٩٩٣، ص٣٠٦-٣٠٧، وكذلك القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية سنة ١٩٩٥ ص ٣٦٤،٣٦٣ (م١١٦/٣ من القانون الدولى الخاص السويسرى والمادة ٣/٢ من إتفاقية روما «حماية الغير تنهض على فكرة الحقوق المكتسبة الواجب للأوضاع الظاهرة».

(٣) الدكتور هشام صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية المرجع السابق ص ٣٦٤ .

(٤) مجموعة أحكام النقض - الدائرة المدنية ص ٤١ س٤٣٤ رقم ٢٤٥ .

واتّجه المشروع المقدم من مجموعة الدول الإشتراكية إلى ضرورة أن تكون هناك رابطة بين قانون الإرادة المختار، وعقود نقل التكنولوجيا، ومراعاة القيود التى تفرضها التشريعات الوطنية الآمرة ذات التطبيق الضرورى (١)، وهو ما اشترطه الفقه كذلك(٢).

وقد اعتّد المشرع، فى إطار قانون الإرادة، بالاتجاه الذى يتطلب الصلة أو الرابطة المنطقية بين القانون المختار والعقد. وأخذاً بالنظرية الموضوعية. ذلك أن حق الأطراف فى إختيار القانون لا: «يجوز أن يجاوز أهداف المشّرع بمقتضى قاعدة تنازع القوانين الوطنية التى خولت الأطراف الحق فى تعيين القانون الواجب التطبيق من بين القوانين التى تتزاحم حكم الرابطة العقدية، أى القوانين التى تتصل بهذه الرابطة على نحو أو آخر (٣)». ومثال ذلك أن يكون القانون المختار، هو قانون الدولة التى سوف يتم تنفيذ حكم التحكيم على إقليمها.

وتتحقق هذه الرابطة عند إختيار معاهدة دولية، مثل معاهدة لاهاى لسنة ١٩٦٤ التى توجب إسناد الاختصاص التشريعى إلى قانون الدولة التى يقيم فيها البائع بصفة دائمة.

ويكفي فى هذا الصدد أن توجد صلة فنية بين العقد والقانون الذى يحكمه. وهذه الصلة الفنية تتحقق فى مجال التجارة الدولية ، كأن يجرى العقد فى صورة نموذجية، متعارف عليها، لتجارة معينة فى قانون محدد. ومن هذا القبيل، العقود التى وضعها اتحاد تجارة المطاط

---

(١) الدكتورة نصيرة أبوحمد سعدى، عقود نقل التكنولوچيا، ١٩٧٨ ، ص ٣٥٢.

(٢) الدكتور يوسف الإكيابى: النظام القانونى لعقود نقل التكنولوچيا فى مجال *القانون الدولى الخاص*،، ١٩٨٩، ص٥٦٢ .

(٣) الدكتور هشام صادق: الموجز ....، المرجع السابق، ٣٠٦ .

والقطن. فقد ورد النص فى هذه العقود على إخضاعها للقانون الإنجليزى (١). وكذلك الحال بالنسبة لوثيقة تأمين اللويدز بوصفها من العقود النموذجية التى تخضع للقانون الإنجليزى.

وإذا إستبعد الأطراف صراحة نصوصاً معينة من القانون المختار، فلا يجوز لهيئة التحكيم تطبيقها، حتى ولو بأسم النظام العام.

الإختيار الضمنى :

١٥٢- وفى حالة انتفاء الإرادة الصريحة، تتجه هيئات التحكيم إلى فكرة الإرادة الضمنية التى تستخلصها من ظروف النزاع وواقع الحال بصورة مؤكدة أو قاطعة، مثل قانون مكان الإبرام، أو قانون مكان التنفيذ، «الذى يتحدد عادة بمكان تسليم البضاعة وإنتقال ملكيتها إلى المشترى».

وقد استخلصت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية فى حكمها الصادر فى القضية رقم ١٧١٧ لسنة ١٩٧٢ (٢) أن القانون الإيرانى هو الواجب التطبيق على عقد البيع المبرم بين إيرانى ويوغسلافى، استناداً إلى أن إيران هى مكان تسليم البضاعة، ومن ثَم، فإن قانون هذا المكان هو قانون الإرادة الضمنية.

ومن القرائن التى قد تكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، اللغة المستعملة فى العقد أو فى التحكيم أو مكان الذى اتّفق على إجراء التحكيم فيه.

كما أن استخدام «إصلاحات مقررة فى قانون معين يدل على اتّجاه

---

(1) Batiffol: Aspects philisophiqes du droit int. privé, 1956, PP. et s., No.37.
(2) Clunet, 1974, PP. 890 et s.

إرادة المتعاقدين الضمنية نحو تطبيق هذا القانون على العقد فى مجموعة» (١).

وقد تستخلص الهيئة - بحق - الإرادة الضمنية من العلاقات التجارية المتبادلة بين الطرفين(٢).

ومع ذلك، فإن مكان إجراء التحكيم قد لايشكل أهمية عندما تكون مراكز أوهيئات التحكيم الدائمة هى المختصة. أما فى حالة التحكيم الحر، فقد يكون إختيار الأطراف لمكان التحكيم واقعة يستخلص منها إتجاه إرادة الأطراف الضمنية إلى تطبيق قانون هذا المكان.

ويمكن أن تستخلص الإرادة الضمنية من التجاء الأطراف إلى مركز تحكيم يعتنق لائحة معينة.

ومن القرائن التي يمكن أن يستخلص منها القانون الواجب التطبيق، ارتباط العقد بعقود أخري، فقد حكمت محكمة باريس في ٢١ مايو ١٩٥٧ (٣) بأن الكفالة التي تمت من بنك فرنسي بناء علي طلب بنك آخر دانمركي عن صفقة توريد في يوغوسلافيا، تخضع للقانون الواجب التطبيق علي الالتزام المضمون (الوكالة) ، أي القانون الذي يحكم الإلتزام الأصلي.

وقد جري قضاء التحكيم علي إختيار القانون الذي يصحح العقد (٤) « Choix de la loi validant le contrat». فإذا كان أحد القوانين المتنازعة يبطل العقد في حين أن القانون الثاني يقر صحته، فإنه

---

(١) الدكتور هشام صادق: الموجز فى القانون الدولى الخاص- تنازع القوانين، ١٩٩٣ .

(2) Pommier .. op. cti. P. 281.

(3) Paris 21 Mai 1957, Rev. Crit. 1958, P. 128 Note Francescakis.

(4) Sentence rendue dans l'affaire No. 4154 en 1984 counet 1985, P. 985.

يجب افتراض أن هذا القانون الأخير هو الذي تم اختياره بين الأطراف (١).

١٥٣- ومتي كان قانون الإرادة هو المطبق علي العلاقة، فإنه هو الذي يحدد السبب من حيث وجوده ومدي مشروعيته، وهو الذي يحدد الجزاء المترتب علي تخلّف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته. وهو الذي يحدد أيضاً مديإمكان تجزئة العقد، وهو الذي يبين متي يعتبر العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، وحكم الإجازة وتقادم الدعوي. أما الآثار المترتبة علي بطلان العقد، مثل التعويض، فإنها تخضع للقانون الذي يحكم المسئولية التقصيرية.

١٥٤- ويجب علي المحكّم أن يحدد بدقّة النّصّ الذي ينطبق علي النزاع من بين نصوص قانون الإرادة الواجب التطبيق، وعليه الا بمسخ هذا القانون أو يفسره تفسيراً خاطئاً بما لايتفق مع عباراته ومدلوله، ومع ذلك، فإن الخطأ في تطبيق القانون الذي يشوب حكم المحكم، لايعتبر سبباً من أسباب الحكم بالبطلان. وإذا كان القانون الواجب التطبيق غير ملائم لأنه يتضمن نقصاً أو قصوراً، بحيث لايواجه النزاع. يتّجه المحكّم نحو تطبيق المبادئ العامة المشتركة.

---

(٣) ومؤدى نظرية الارادة الضمنية المؤسسة على تفسير نظرية Dicey المتعلقة بالقانون الخاص بالعقد "la proper law" أنه إذا أهمل الأطراف القانون الواجب التطبيق. صراحة. فإه القانون الأكثر ملاءمة لحكم العقد هو ذلك الذى لامفر من اعتباره منظماً للعلاقات التعاقدية إذا ماتم وضع المشكلة خلال إبرام العقد. وهناك بعض قرائن ساقتها المحاكم تشير إلى قصد الأطراف خلال تحرير العقد.

Travaux de jean Dabin. Stabilité et evolution de contrat économique international par julian D. M. lew. P. 156.

وهذا هو ماذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٦ فبراير سنة ١٩٥٩ من ان تخلف الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق يوجب على المحكمة استخلاصة من ظروف التعاقد وملابساته (Rev. crit 1959. P.708)

ويمكن أن يؤخذ بقانون المكان الذي تم فيه اتفاق التحكم، وعلي الأخص عندما يكون قانون هذا المكان هو قانون جنسيه أو موطن أو المركز الرئيسي المشترك للأطراف، والذي يعتبر مألوفاً لهم، مما يستخلص منه أن قانون هذا المكان هو الواجب التطبيق (١).

وقد قضت محكمة السين المدنية في ٧ يونيه سنة ١٩٥٩ (٢) – وهي تنظر الطعن في قرار تحكيم – بتطبيق القانون الفرنسي استناداً علي عدة قرائن. وهي أن العقد قد تم توقيعه بين فرنسي وأجنبي متوطنين في باريس وكان الوفاء قد تم العملة الفرنسية ومن الخزانة العامة الفرنسية، وكان شرط التحكيم ينص علي التحكيم في باريس.

ويجب استبعاد فكرة الإحالة عند إسناد العقد لقانون الإرادة. احتراماً لتوقعات الأطراف في اختيار قانون معين يعلمون مضمونه سلفاً بهدف تحقيق مصالحهم. ومصالح التجارة الدولية يستوي أن يكون الاختيار صريحاً أو ضمنياً (٣).

رفض الإرادة المفترضة :

Le rejet de volonte hypothetique.

١٥٤ مكرر – في هذا الصدد. يكشف القاضي أو المحكم أساسا عن إرادته الخاصة – في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق، ليقوم بعد ذلك بنسبتها إلى الأطراف بهدف حل النزاع. استناداً إلى مجرد قرائن، لاتعكس في الحقيقة القصد المشترك للأطراف، ومن ثم، فهي

---

(1) Fouchard. I. C. L- de dr. international Fasc. 586- 1P. 13 n 47.

(2) Tribu. Civ. de la Seine. 7.Juin 1956 cité Par Henri Motulsky. Ecrits. etudes et notes sur L'Arbitrage. Dalloz 1974. P. 231 et s.

(٣) ولهذه الاعتبارات، اعتنقت معاهدة روما هذا المبدأ فى المادة (١٥) منها، فاستبعدت الاحالة صراحة فى شأن القانون الواجب التطبيق على العقود.

إرادة وهمية أو غير موجودة.

والأخذ في الاعتبار بالطبيعة العقدية للتحكيم، أو التحكيم المؤسسي، حيث لايكون المحكمون معينين بمعرفة أطراف النزاع يؤدي إلى إستبعاد الإرادة المفترضة للتمسك بالإرادة الضمنية الحقيقة (١).

وإذا كان المشرع المصري قد أورد في المادة (١٩) مدني ضابطين يتحدد بهما القانون الواجب التطبيق، افتراضا منه أنهما يمثلان مركز الثقل في العلاقة عند سكوت الارادة عن الاختيار الصريح. وعدم امكان استخلاص إرادة ضمنيه هما قانون الموطن المشترك وقانون مكان الابرام علي سبيل التدرج. فإن الفقه قد وصف هذا الإسناد بأنه « عام وجامد » يسري بالنسبة لكافة العقود دون تمييز بينها وهو يسري علي إطلاقه في شأن تحديد مركز الثقل في جميع العلاقات بلا أستثناء . وهو افتراض لايصدق في كثير من العقود (٢) ولايعبر عن حقيقه قصد الأطراف فيها. ومن ثم، فإنه يتجاهل تنوع وأختلاف طبيعة العقود، والموضوعات المختلفة التي تعالجها وعلي الأخص فيما يتعلق بمكان الإبرام الذي يعتبر عارضاً في الأغلب الأعم. وهو مايصم هذه الضوابط بالقصور.

القانون المختار، وتوقعات الأطراف :

١٥٥- وفي الواقع، فإن القانون المختار بمعرفة الأطراف { Lex causa } يتطابق مع توقعاتهم المشروعة بما في ذلك قوانين البوليس في هذا التشريع المختار مع استبعاد أي قانون آخر يتحدد لحكم العقد، ولايمكن

(1) Jean. Chrstophe pommier, Principes d'autonomie et loi du contrat en droit international privé converntionnelle. P. 278. n° 270, 271,

(٢) الدكتور عكاشة عبد العال مذكرات الإحالة فى القانون الدولى الخاص ص ٥٦ .

أن يتنازع القانون المختار مع قانون بوليس لاينتمي إلى نفس النظام القانوني de la lex contracatus استنادا إلى أن الأطراف لاتتحقق توقعاتهم المشروعة في تطبيق قانون آخر خلاف القانون المختار (١) لأن هذا التشريع يعلمه الأطراف وبالتالى لايخل بتوقعاتهم المشروعه.

ومع ذلك ، فإن الفقه والقضاء ينازعان بحق - في هذا الاستخلاص الأخير، علي أساس أن قانون العقد يمكن أن يتنازع مع قانون بوليسي آخر،

خلاف ذلك الذي يخص النظام القانوني المختار (٢).

ويحاول M. Derains أن يضع تفرقة بين الإرادة وتوقعات الأطراف المشروعة فجعل لحظة تقدير التوقع المشروع لابرام عقد في بداية خصومة التحكيم (٣) أي لحظة النزاع وعلي الرغم من ذلك. فإذا اختار الأطراف قانونا لحكم عقدهم. فإن توقعاتهم المشروعة لايمكن أن تنصب إلا علي هذا القانون الذي يظل وحده من الناحية الموضوعية بحيث يستطيع أن يتوقعه تاجر عاقل.

ومتي كانت المبادئ العامة للقانون، تعتبر من القواعد المعترف بها دولياً، وكذلك عادات وأعراف التجارة الدولية ومن ثم فإنها تكون من المبادئ التي تندرج في توقعات الأطراف المشروعه.

---

(١) ومن المقرر أن قوانين البوليس لاتقف جميعها على قدم المساواة فيبدو أن قانون البوليس "de la lex contractractus" يجب من حيث المبدأ أن يكون له الصدارة على سائر قوانين البوليس الأخرى.

(2) Derains l'attente légitime des parties et le droit au fond en matiere d'arbitrage commercial international. T.C.F 1984. 1985, P. 89.

(3) "Lorsque commence la procedure arbitrale".

وإذا كان للأطراف حرية التصرف في حقوقهم باختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم واستبعاد نصوص قوانين أخري، فإن ذلك مشروط بوجوب احترام القوانين الآمرة الدولية « قوانين البوليس » باسم الدفاع، وأولويه المصالح العامة علي المصالح الخاصة للمتعاقدين (١).

وينتج اختصاص قوانين البوليس من الحاجة المشروعة إلى تطبيقها. لأن السياسة التي تنهض عليها تقتضي ذلك من الناحية الموضوعية.

ولهذا، يجب أن تكون الحلول المأخوذ بها في التحكيم، نتيجة تطبيق قوانين البوليس بمعرفة المحكم - أسوة بقانون العقد - تستجيب إلى توقعات الأطراف المشروعة (٢).

ويعتبر قانون البوليس المطبق في هذا الصدد، بمثابة القانون الذي يحكم الموضوع { La lex causa }(٣)

وعلي ذلك فإن المحكم قد يستبعد - أسوة بالقاضي - قوانين البوليس « الإمبرياليه » أو المفروضة بطريقه توسعية.

« lois de police expansionistes ou imperialistes » متي كانت هذه التشريعات تتعلق بمكان تنفيذ حكم التحكيم، إذ تنتقي مشروعية الحاجة إلى تطبيقها (٤).

وأخيراً، فإن قوانين البوليس de la lex contractus للدولة

---

(1) Pommier.. op. cit P. 328,329.

(2) Derains. L'attente légitime. op. cit. P. 90.

(3) Pommier .. op . cit., P. 339.

(4) Pommier .. op . cit., P. 337.

المتعاقدة، يمكن استبعادها بمعرفة المحكم باسم الدفع بالنظام العام (١). وهذا الاستبعاد إنما يتم بسبب مضمونها الذي يصطدم بالنظام العام الدولي الحقيقي (٢).

واستناداً إلى ذلك قضت محكمة التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية بباريس سنة ١٩٨٤ (٣) باستبعاد تطبيق القانون السوري الخاص بمقاطعة إسرائيل وهو قانون بوليس أو نص نظام عام de la contractus – بمعرفة المحكّم باسم مبادئ النظام العام الحقيقي الدولي، الذي يتضمن مبادئ حرية التجارة، وعدم التمييز.

ولما كانت معاهدة نيويورك تطبق – عند تخلف قانون الإرادة علي مسألة وجود وصحة اتّفاق التحكيم قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم. وكان هذا القانون الأخير غير معلوم سلفاً للأطراف عند إبرامهم اتفاق التحكيم، ومن ثم، فإنه يتضمن إخلالاً بتوقّعات الأطراف (٤).

وفي شأن إرادة انطباق قوانين البوليس التي لاتشكل جزءا من القانون الواجب التطبيق علي العلاقة. فلم يعمل المحكمون بشأنها قاعدة موحده، فتارة يطبقونها متي كان ذلك يتفق مع توقعات الأطراف وعدم الاخلال باليقين القانوني. فالتاجر الذي يبيع منتجاته في دولة أخري عليه أن يلتزم بقوانين البوليس الساريه فيها. وتارة أخري يمتنع المحكم عن تطبيق قوانين البوليس، التي لها إرادة

(1) Pommier .. op. cit., P. mate (4)

(2) Pommier .. op. cit., P. 237 n 346.

(3) Sent. n° 3881. 1984. clunet. 1986, P. 1096. note Derains.

(٤) الدكتور هشام صادق. مشكلة خلو اتفقا التحكيم من تعيين اسماء المحكمين سنة ١٩٧٨ ص ١٤١،١٤٢، رقم ١٠٣ .

الانطباق، متي كانت تخل بتوقعات الأطراف المشروعة (١).

الإختيار الإرادي وبطلان العقد :

١٥٥ مكرر إذا كانت مسألة بطلان العقد الدولي تعتبر واضحة في هذا الخصوص، عندما يكون القانون الواجب التطبيق محدداً بمعرفة المشرِّع أو القاضي. فإن المسألة ثار فيها كثير من الجدل عندما يتعلق الأمر بقانون يختاره الأطراف، ذلك أنه إذا كان إحتمال بطلان العقد يعد أثرا منطقياً للقانون الذي إختاره الأطراف في مجموع نصوصه، فإن إقرار العقد لم يكن - كما ذهب بعض الفقه (٢) - مخالفاً للعقل والمنطق. فقد رأي هذا الفقه، أنه « من الخطأ القول بأن الأطراف قد ارتضوا سلفاً بطلان مضمون إرادتهم » . أو « تقويض الهدف المراد الوصول إليه ». ذلك أن مبدأ إختيار قانون دولة معينة لإخضاع العقد له، لايمكن أن يثير أي اعتراض منطقي في إتجاه إرادة المتعاقدين إلى الإرتباط الصحيح «فإذا إرتبط الزوجان برابطة غير صحيحة بحسن نية، فهل يفهم من ذلك أنهما لم يرغبا في الزواج ؟

ويشير Géraud Delaparadele (٣) تأييداً لهذا الاتجاه « انه بالرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي نجد أنها استقرت علي أن القانون الواجب التطبيق علي العقود، سواء فيما يتعلق بانعقادها، وشروطها، وآثارها، هو القانون الذي اختاره الأطراف. ولهذا فإنه لايقبل بسهولة القول بأن القانون له سلطة بطلان الاتفاق.

---

(١) الدكتور هشام صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. ص ٧٧، ومابعدها.

(2) P. Louis Lucas : La liberté contractuelle et le droit international privé français. Mélanges Dabin, T. (2), P. 764.

(3) Géraud Delaparadelle : Les confits de lois en matière de nullités, Paris. 1976. PP 155-156, No. 233-234.

وفي الواقع ، أنه لما كان من المقرر أنه يجب الخضوع للقانون المختار برمته، بما فيه من نصوصه الآمرة، ولهذا كان طبيعياً أن تؤدي هذه النصوص الآمرة حتماً وبالضرورة إلى بطلان العقد المخالف لها، سواء كان القانون المطبّق تم عن طريق الإختيار الإرادي أو التحديد الموضوعي. وهذا هو ماإتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٨ يونيه ١٩٦٦ (١) إذ قضت - بحق - بأن القانون المختار يكون له إمكانية بطلان العقد الدولي.

كما يتعين إبطال سعر الفائدة فيما يجاوز الحد الأقصي المقّرر في القانون الآمر الذي ينتمي إلى العقد (٢).

١٥٦- ورغم أن محكمة النقض الفرنسية لم تتردد في بطلان العقد في هذه الحالة، فإن القانون الأمريكي Restatement أوجب علي القاضي في هذه الحالة تعيين القانون الواجب التطبيق، علي أساس أن اختيار الإطراف قد تم خطأ.

ويضيف بعض الفقه (٣)، إنه لايعقل من الناحية المنطقية، أن يختار الأطراف قانوناً يبطل عقدهم، وهو مايجري عليه الحال بالنسبة لعقود استغلال الملكية الصناعية.

١٥٧- وقد اتجّه قضاء التحكيم في فرنسا حديثاً إلى اعتناق الاتجاه الذي يؤدي إلي إمكان بطلان العقد في هذه الأحوال، والذي سبق أن

(1) Revue Crit, 1967, P. 334, Note Betiffol.

(2) Deranis. Les normes d'application immediate dans la jurispudence arbitrale int, Etude Goldman 1952. P. 36.

(3) Diener M.. La loi applicable au contrats d'exploitation des droits de propriété industrielle. Thése Bordeaux, 1983, PP. 205.206 et 207.

قضت بـه محكمـة النقض الفرنسيـة (١). فقضت محكمـة إستئناف باريس (٢) - المختصة بنظر الطعون المرفوعة عن أحكام التحكيم - بتاريخ ٢٩ مارس ١٩٩١ - بأن المحكّم يتمتّع بسلطة تطبيق قواعد النظام العام، طالما أن عدم قابلية الأنزعة للتحكيم لاتترتب إلا بسبب واحد هو النصوص الآمرة في الدعوي، ويكون له السلطة الإحتمالية لبطلان العقد أو بعض شروطه التي تخالف قواعد النظام العام، أو أيضاً منح تعويضات للطرف المضرور (٣).

فكرة التطبيق الإجمالى للقانون المختص

١٥٨- ويجب الاعتداد بجميع القوانين القابلة للتطبيق في ذات النظام القانوني، سواء كانت متعلّقة بالقانون العام أو قوانين البوليس، أو قواعد القانون الخاص. ذلك أن قواعد الاسناد التقليدية لم توضع لتحديد قواعد القانون الخاص فحسب، بل تنصرف إلى القانون الأجنبي في جميع قواعده أيا كانت طبيعتها دون تخصيص(٤). بعبارة أخري، فهي تحدد النظام القانوني برمته (٥) علي نحو لايقبل تجزئة أو إنقساماً (٦)، وذلك استناداً إلى ماتتمتع به قاعدة الإسناد من خاصية التجريد. فعندما تستند العلاقة إلى قانون معين، فهي لاتعتد سلفاً بتطبيق القانون الذي يحكمها.

---

(١) ماسبق رقم ١٥٥ .

(2) Cour d'Appel de Paris, 29 Mars 1991, Rev. Arb., 478 et s.

(3) Note Lorence I. Dot sous Cour d'Apple précitée, Rev. Arb., P. 422 Ancel P.: Arbitrage-conventions d'arbitrage, J. Cl. Procédure Civ., Fasc. 1024 ets., No. 12.

(4) TOUBIANA Le domaine de la loi du contrat, PP. 231, 232 Déby-Gérard, Le rôle de la dégle de conflits, op. cit., PP. 53 et s., 76 et s. Delaparadelle: Note sous Cass. Civ. 17 Mars 1970 1970, Clunet 1972, PP. 924 et s., spéc. P. 932.

(5) Mayer : Les lois de police étrangéres, Clunet, 1981, PP. 277 et s.

(6) Gamillscheg : Les principes du droit du travail international, Rev.. Crit. 1961, P. 279.

وتــشــيــر Déby - Gérard (١) أنـه لايـوجد ثـمة مـانـع مـن الـنـاحـيـة الدولية من الرجوع إلى طريقة تنازع القوانين العادية التقليدية التي تشير إلى تطبيق قانون أجنبي منا يسمح للقاضي بالتطبيق المحتمل لقانون البوليس الذي يحتويه هذا القانون الأجنبي.

ويقول De-La-Paradelle (٢) أن استبعاد القوانين فورية التطبيق، وقواعد للقانون العام الواجب التطبيق بمقتضي قاعدة التنازع يؤدي إلى تشويه التشريع الأجنبي عند تطبيقه.

وهذا الاتجاه قد اعتنقه مجمع القانون الدولي في دورة فيسبادن سنة ١٩٧٥ (٣) حين قرر في توصياته أن اسباغ طابع القانون العام علي نص معين من القانون الأجنبي المحدد بمقتضي قاعدة تنازع القوانين لاتقف عقبة في سبيل تطبيقه مع التحفظ الأساسي المتعلق بالنظام العام.

والقول باستبعاد القانون العام الأجنبي من نطاق تطبيق القانون الدولي الخاص يعوق حركة كثير من أجهزة الدولة ومؤسساتها التي تمارس نشاطاً هاماً في إطار التجارة الدولية (٤).

وفي بعض الأحوال. فإن تطبيق قاعدة الإسناد يحمل في حد ذاته تطبيق القانون العام الأجنبي، كما لو كان ضابط الاسناد مبناه قانون الجنسية.

---

(1) Déby Gérard, Le rôle .., op. cit., P. 43, No. 57.

(2) DE LA PARADELLED. Note sous Cass. Civil, 17 Mars 1972; P. 924 spéc P. 932.

(3) Lagarde "PIERRE" : l'Application de droit public étrnager, Rapports Préliminaire et difinitif présentés à l'institut de Droit Internationa, Session de Wasbanded 1975, PP. 159 et P. 219.

(٤) الدكتور عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن. الوسيط فى قانون المعاملات الدولية الخاصة سنة ١٩٩١ صـ٢٦ .

مدي التزام المحكم بتطبيق القانون الذي يحكم النزاع تلقائياً :

١٥٩- تميل بعض أحكام التحكيم إلى إلقاء عبء إثبات القانون الوطني الذي ينطبق علي النزاع علي عاتق الخصم الذي يتمسك به، كما لو كان بمثابة عنصر من عناصر الواقع، في حين أن أحكاماً أخري تتجه نحو التطبيق التلقائي لهذا القانون (١). إستناداً إلى أن علم المحكم بالقانون يفرض عليه تطبيقه من تلقاء نفسه ويبدو أن الأحكام الأولي يمكن أن تجد مايبررها، في أنها إعتنقت نظرية الإدماج التي تعتبر القانون في حكم الشروط التعاقدية، ومن ثم كان طبيعياً أن يعامل هذا القانون معاملة الوقائع من حيث الإثبات. بحيث يجب إقامة الدليل عليها.

مدي تحقق فكرة الغش نحو القانون في حالة الإختيار الإرادي :

١٦٠- ولايجوز التحدي في هذا الخصوص بفكرة الغش نحو القانون، إلا إذا كانت العلاقة داخلية محضة، بحيث تتركز كافة عناصرها في إقليم معين ولا تتعدي هذا النطاق ومع ذلك يقوم الأطراف بإسنادها إلى قانون أجنبي (٢)، فإختيار مثل هذا القانون الأجنبي لايكفي لإعتبار العقد دولياً، متي كان هذا الإختيار قد صاحبه غش نحو القانون، ذلك أن تطبيق قانون الإرادة مشروط بتحقق عنصر أجنبي في العلاقة. ومن ثم، فإنه يتعين إعمال نظرية الغش نحو القانون إذا لجأ الأطراف إلى اصطناع هذا العنصر بقصد التهرب من الأحكام الآمرة في قانون مقر التحكيم متي كان هذا القانون يتطلب وجوب مراعاة القوانين الآمرة في الدولة التي يجري علي

---

(1) GOLDMAN : Les conflits de lois dans l'arbitrage int. de droit privé, Rec. Cours. 1963, T (2), PP. 449-450.

(2) KLEIN : Considération sur l'arbitrage international priv., 1955, P. 277.

إقليمها التحكيم، مثل العملة التي يجب أن يتم الوفاء بها (١)، أو القواعد التي يجب إحتساب قيمة الدين عند الوفاء به (٢) وهنا يتعين إستبعاد العنصر الأجنبي المصطنع (٣).

علي أن هذه القواعد التي قصد الأطراف التهرب منها، غالباً ماتتعلّق بالنّظام العام، فلا محل لأعمال الدفع بالغش نحو القانون، لأن هذا الدفع إحتياطي، لايجوز الإلتجاء إليه، إلا إذا إنعدمت وسائل العلاج الأخري (٤).

مبدأ قانون الإرادة وعقود الدولة :

١٦١- قضت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر بتاريخ ١٢ يوليو ١٩٢٩ بأنه لايمكن أن نفترض أن الدولة بما لها من سيادة ترتضي أن تسند التزاماتها إلى قانون مخالف لقانونها الخاص. وأضاف الحكم أن الدولة تستطيع إختيار قانون آخر غير قانونها بشرط أن يثبت هذا الإختيار (٥).

ومؤدّي هذا، انه إذا لم يكن هناك إختيار لقانون معين في عقود الدولة، كان قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق، ومع ذلك، يجب ألا يغيب عن البال. أن قضاء التحكيم، لايعتبر جزءا من قضاء الدولة المتعاقدة، لأن المحكم لايصدر قضاءه باسم هذه الدولة، أو باسم أية دولة أخري.

---

(1) "Monaie de paiement"

(2) "Monaie de compte"

(3) BATIFFOL: Les conflits de lois en matière de contrats, 1983, No. 61.

(٤) الدكتور كمال فهمى فى أصول القانون الدولى الخاص، الطبعة الثانية، ص ٥٨٩، والهامش.

(5) Rev Cril.:. 1929, P. 437

وقد أخذ « نبوايبه » (١) بهذا الاتجاه، الذي يؤيد خضوع العقد لقوانين الدولة عند التعاقد معها.

ورأي بعض الفقه (٢)، كي تخضع عقود الدولة لقوانين الدولة الطرف في النزاع، يجب أن يكون العقد قد أبرم بقصد تحقيق وظيفة من وظائف الدولة. إذ لايستساغ أن تخضع الدولة، وهي بصدد القيام بوظيفة من وظائفها لقانون دولة أخري، مالم تكن قد ارتضت ذلك صراحة. فليس هناك مايحول دون تمتع الدولة في هذه الحالة بحصانة تشريعية تضعها في مرتبة أسمي من أطراف العقد الآخرين.

وقد قضت هيئة التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية في القضية رقم ١٥١٦ لسنة ١٩٦٨ (٣) بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة (X) عند عدم وجود قانون آخر مختار - رغم قيام هذه الدولة الأفريقية، التي تم تطبيق قانونها بالغاء عقد الإمتياز الدولي بإرادتها المنفردة (٤) قبل نهاية مدته، وهذا الامتياز كانت قد منحته إلى بلجيكي (Y) أبرم عقده في بروكسل لشراء المنتجات المعدنية في الإقليم الوطني.

وتطبق هيئة التحكيم لدي المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة، ومواطني الدول المتعاقدة الأخري،

---

(1) Rev Crit. 1292, P. 983.

(٢) الدكتور فواد رياض : مركز المشروعات العامة فى القانون الدولى الخاص، مجلة مصر المعاصرة السنة ٥٧، يناير ١٩٦٦، العدد ٣٢٣ س ١٨٥ .

(3) Clunet 1974, P. 915 et s. Note : Y.D.

(٤) فقد رأت محكمة العدل الدولية فى ٢٢ يوليو ١٩٥٢ أن قيام إيران بالغاء عقد الإمتياز الدولى بينها وبين شركة بريطانية، لايعدو أن يكون الغاء لعقد إمتياز عادى لايثير المسئولية الدولية (الدكتورة سامية راشدة. التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، ١٩٨٤، ص ٣٠) وكان ذلك بمناسبة محاولة بريطانيا تدويل هذا العقد..

قانون الدولة الطرف في النزاع، شاملة أي (١) قواعد تنازع القوانين وقواعد القانون الدولي، ما لم يتفق الأطراف صراحة علي القانون الواجب التطبيق (مادة ١/٤٢ من إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار المبرمة في ١٨ مارس ١٩٦٥، والتي إنضمت إليها مصر في نوفمبر ١٩٧١).

وقريب من هذا، يري بعض الفقه (٢) أنه تقوم قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة النامية المتلقية للتكنولوجيا - عند غياب الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق. وذلك حماية لمصلحة هذه الدولة.

والحل المتعلق بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة متي انتفت الأرادة الصريحة دون اعمال ضوابط الأسناد الأحتياطية المنصوص عليها في المادة (١٩) لعدم ملاءمتها في هذا الصدد - نابع من المادة ٢٤ من القانون المدني التي تجعل من مبادئ القانون الدولي الخاص مصدرا خلاقا لقواعد التنازع .

ولاشك أن إسناد مثل هذه العقود إلى القوانين الوطنية يتمشي مع المصالح الوطنية للدول النامية والإقتصاد القومي، وعلي الأخص في شأن عقود الإمتياز في مجال التنقيب عن البترول.

١٦٢- ويتم عادة الاعتراض علي قانون الدولة الطرف في التحكيم

---

(١) وقد أعطت الإتفاقية الأولوية لقانون الدولة المتعاقدة بهدف تطبيق القواعد الفورية، أو القواعد ذات التطبيق المباشر مثل قواعد الرقابة على النقد.

(٢) الدكتور أحمد عشوش : القانون الذى يحكم الإتفاقيات الدولية، محاضرات لطلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق جامعة الزقازيق، ١٩٨٤، ص ٦٢٩ .

راجع ماسبق رقم ١٤٧ فى خصوص الأداء المميز.

علي أساس أنّه لايوفر الأمان القانوني للعلاقة، نتيجة لحق الدولة المطلق في إجراء التعديلات التشريعية لهذا القانون حينما يكون محققاً لمصالحها.

ولما كان هذا الوضع يؤدي برجال الأعمال - وعلي الأخص المستثمرين منهم - إما إلى الإحجام عن إبرام مثل هذه العقود التي تمّس مصالحهم، وإما أن تتعهد الدولة الطرف في العلاقة بعدم القيام بتعديل تشريعها الواجب التطبيق عند قيام التزام ، وأن يظل بحالته عند إبرام العقد، حتي تكفل للعلاقة ثباتها التشريعي.

وقد تجّه رأي (١) إلى إسناد هذه العقود إلى قانون دولة ثالثة بوصفة قانوناً محايداً بقصد تفادي التعديلات التشريعية التي قد تجريها الدولة المتعاقدة في قانونها.

ومع ذلك فإن هذا القانون، بدوره، قد يلحقه التعديل، لأي سبب من الأسباب وهو مايؤدي إلى عدم الإستقرار القانوني.

وقد يشترط المستثمر الأجنبي منحه تعويضاً بسبب تعديل الدولة لتشريعاتها طبقاً لقواعد المسئولية في قانونها الداخلي.

كما قد يشترط أيضاً تثبيت المعاملة الضريبية.

ولهذا حرصت هيئات التحكيم علي مصلحة الطرف المتعاقد مع الدولة لحمايته من مثل هذه القوانين، مع العمل علي وجوب احترام الدولة لتعهداتها.

---

(١) مشار إليه فى الدكتور عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الإقتصادية فى القانون الدولى الخاص ص ٧٩، ٨٠.

فحكمت في دعوي .EIF Aquitaine / N.J.O.C (١) حاصلها إنه بتاريخ لاحق علي إبرام العقد الذي يربط الطرفين، وبعد بداية تنفيذه، أصدر مجلس ثورة الجمهورية الإسلامية الإيرانية، قانوناً في ٨ يناير ١٩٨٠. مكوّن من مادة واحدة بتشكيل مجلس خاص له سلطة إبطال جميع عقود البترول التي لاتطابق القانون الإيراني الصادرة سنة ١٩٥١ الخاص بتأميم صناعة البترول، وأن إتفاق ١٩٦٦ .

وقد قبل المحكم بإختصاصه إستناداً إلى أنه « هناك مبدأ » معترفاً به في القانون الودلي الخاص، مؤداه أن الدولة التي ترتبط بشرط تحكيم مدرج في إتفاق مبرم بمعرفتها أو بمعرفة شركة تنتمي إليها، لاتستطيع بإرادتها المنفردة، في تاريخ لاحق، إلغاء دور الطرف الآخر في نظام متعادل بين طرفين فيما يتعلق بتوسية النزاع ».

وقد قضت محكمة التحكم في دعوي Framatome / A.E.O.I (٢) ، بأنه يوجد مبدأ عام معترف به إليوم عالمياً – سواء في العلاقات بين الدول، أو في العلاقات الخاصة الدولية « وهذا المبدأ يعتبر من النظام العام بمفهومه الدولي، كما ينتمي إلى عادات التجارة الدولية، أو إلى المبادئ العامة المعترف بها في قانون الشعوب، وكذا إلى قانون التحكيم الدولي أو Lex Mercatoria، هو أنه يحظر تماماً علي دولة إيران، أن تنكر راتباطها بالتحكيم الذي تعهدت به بذاتها، أو بواسطة أحد أجهزتها العامة ».

« وأن الحكومة التي تعهدت بمقتضي شرط تحكيم لايمكنها أن تتحرر من هذا الإلتزام بإرادتها المنفردة، كما لو قامت بتغيير

---

(1) Cité par Jean-Michel-Jacquet, Clunet, 1989. op.cit., P. 663, No. 57.
(2) Cité par Jean-Michel, op.cit., PP. 663-664, No. 58.

قانونها الداخلي، أو بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة »

وأضافت المحكمة « أن هناك دائماً محلاً لإفتراض أو الدولة قد رغبت في التصرف طبقا لمبادئ أو قواعد قانون الشعوب، وليس بالمخالفة لهذه المبادئ».

وذهبت محكمة التحكيم في قضية Aminoil- Koweit (١) بخصوص تعديلات الدستور الليبي القابلة لاستبعاد ضمانات الثبات التشريعي، « أنه يقع علي الدولة في مواجهة الطرف المتعاقد معها، إعلام هذا الطرف بشأن إعمال التعديلات الدستورية اللاحقة علي العقد النافذ ».

وقد أستخلص الفقه مما تقدم، أنه يجب إستبعاد الإعتراض المشار من جانب الدولة عندما تتمسك بسبب من أسباب البطلان الناشئ عن قانونها الداخلي (٢).

١٦٣- ويلاحظ أن هيئات التحكيم في الدعاوي المشار إليها لم تستند في هذا الحل إلى الأساس الذي كثيراً مايلجأ إليه قضاء التحكيم في المسائل المتعلقة بعقود الدولة إليوم. وهو مبدأ إحترام التعهدات التي تم الإلتزام بها، أي مبدأ « العقد شريعة المتعاقدين » Pacta sunt sevanda. ذلك أن هذا القضاء، لم يفكر أصلاً، وعلي نحو مؤكد، بأن يجعل العقد المبرم بمعرفة الدولة في ظروف التجارة الدّولية محكوماً بالمبادئ العامة التي يستمد منها هذا المبدأ. فهذا المبدأ العام المتعلّق باحترام التعهدات كان - رغم ذلك - حاضراً في ذهن هيئات التحكيم، فإنه مما لاشك فيه أن القضاء لايعبر عن هذا

(1) Cité par Jean-Michel-Jacquet Jacquet, op. 664 Note 118.

(2) Cité par Jean- Michel-Jacquet, op.cit., P. 671.

المبدأ خارج قانون العقد الذي يشار إليه هنا بحجة أنّه الشكل العادي لإحترام التعهدات الناشئة صحيحة.

إن احترام التعهدات المشار إليها، لايتصور أن يعتبر بمثابة أمر مطلق إلا من خلال التحفظ الهام الذي لايحقق إطلاقاً قاعدة نظام عام مطبقة علي المسألة المختلف عليها والتي يكون البطلان جزاء عدم إحترامها.

وحسنا فعل حكم Galakis في وضعه قاعدة قانون دولي خاص مادي « حقيقي » تعتبر من النظام العام الدولي، ثم إنها تعد القاعدة الأكثر استقراراً وملاءمة لقانون التجارة الدولية (١).

وهذه القاعدة التي وضعها الحكم، تصادر حق الدولة التي خالفت قانونها الخاص في التمسك فيما بعد بهذه المخالفة بقصد التخلص من تعهداتها.

الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين عند تخلف الاختيار الصريح وتعذر الكشف عن الإرادة الضمنية.

١٦٤- عند عدم وجود اتفاق صريح بشأن القانون الواجب التطبيق، وتعذر الكشف عند الإرادة الضمنية فإن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وكذلك نظام غرفة التجارة الدولية، وتفاقية جنيف لسنة ١٩٦٠. (التي تعتد بالإختيار الصريح. وتستبعد الإختيار الضمني)(٢) تسند حكم العلاقة إلى القانون.

(1) Y. Derains : le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales, Rev. Arb, 1973, P. 145.

(٢) ماسبق رقم ١٤٥ .

الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، التي تراها ملائمة (١)

وكذلك الحال إذا ارتبط الأطراف بقانون يطبق علي الموضوع ، فإنهم يفكرون بداءة في قانون مادي، وعندما لايتضمن هذا القانون المختار حلاً يواجه كل مايتعلق بمشائل النزاع، مثل الأهلية والنظام العام، فإن المحكمين يتمتعون عندئذ بالحرية التامة في رختيار قاعدة التنازع. وهذه الحرية تتمشي مع دور المحكم الذي ألقي عليه الأطراف عبء الفصل في النزاع من جميع نواحيه (٢).

ولما كان المحكم لايخضع لسيادة دولة معينة. ومن ثم، فإنه لايملك قانون قاضي، يمكن أن يستقي منه قاعدة تنازع القوانين. وكانت نصوص المعاهدة المشار إليها، والقانون النموذجي. ونظمام غرفة التجارة الدولية لم تحدد الدولة أو النظام القانوني الذي يتعين الإلتجاء إلى قواعد الإسناد فيه، وهنا تبدو مرونة النصوص، ولذلك تتمتع هيئات التحكيم بحرية واسعة في شأن تعيين قاعدة الإسناد التي تحكم موضوع النزاع، ذلك أن نظم الإسناد المختلفة لاتؤدي إلى نفس القانون.

والمفروض في المحكم أن يختار قاعدة الإسناد الملائمة من واقع الأنظمة القانونية الوطنية التي يحسن أن ترتبط عناصرها الموضوعية بالنزاع، أو تكون علي صلة به .

١٦٥- فاتجّه رأي إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يجري علي إقليمها التحكيم، أي قواعد التنازع التي يتضمنها قانون

---

(١) وذلك مالم يتفق الأطراف على قاعدة إسناد معينة، عندئذ يلتزم بها المحكم (ماسبق هامش رقم ١٢٧).

(2) Fouchard. l'arbitrage cpmmercial international 11 1965. P. 318.

مقر التحكيم « Siége arbitrale ». وهذا الرأي اعتنقه M. Sauser - Hall (١) في تقريره المقدم إلى معهد القانون الدولي. وهو يشير إلى أن قانون مقر التحكم يجب أن يحكم التحكيم في مجموعه، وعلي الأخص بالنسبة للإجراءات (٢) ويضيف أن التحكيم يمثل طبيعة إتفاقية وقضائية في نفس الوقت. بمعني أن التحكيم رغم أنه يتميز بمظهر تعاقدي، فإن يصطبغ أساساً بطابع قضائي « revêt un Caractére essentiellement Juridictionnel » وقد يكون لهذا القانون رابطة بعملية التحكيم، كما إذا كان يمثل قانون مكان إبرام العقد، أو بتنفيذه، أو قانون الدولة الطرف في النزاع (٣).

وأنه يجب الرجوع إلى القانون الإقليمي لتكملة القصور أو التناقض بالنسبة للقانون المختار الواجب التطبيق.

وقانون مقر التحكيم حبذه كثير من الشراح القدامي مثل NiBoyet ، Bartin (٤) واعتنقه Mann (٥) علي أساس أن التحكيم يتطلب أساس قانوني متين، أسوه بأي نظام قانون داخلي، وإن كل تحكيم يجب أن يخضع بالضرورة لقانون دوله معينه.

ويعيب هذا الإتجاه أن مقر التحكم قد يتعذر تحديده. حيث يتصور أن يعقد المحكوم جلسات الاستماع في أكثر من دولة، كما قد يجري التحكيم بالمراسلة (٦).

---

(1) Cité par Fouchard. l'arbitrage Commercial international 1965. P. P319.320.

(2) la loi du lieu de l'arbitrage doit regir lénsemble de l'arbitrage et particulieremet la Procédure Arbitrale.

(3) Panchand, le siège d'arbitrage. Rev. Arb. 1966.

(4) Cité, Par Fouchard. l'ârbitrage.. op cit. P. 319.

(5) Mann (F.A) "lex Facit arbitrum" libre Amircorm for Martin Domke.. éd. la Haye 1967. P. 159.160.

(٦) الدكتور عز الدين عبد الله فى تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى فى مواد القانون الخاص. مصر المعاصرة. السنة (٦٩) العدد (٢٧١ يناير سنة ١٩٧٨ يناير سنة ١٩٧٨ ص٣٠ .

وإذا كان هذا الاتجاه قد يبدو صحيحاً في حالات التحكيم الخاصة(١)، إلا أنه ليس كذلك في حالات التحكيم التجاري الدولي لدي مراكز التحكيم حيث إن اختيار هذا المكان يتم لاعتبارات الملاءمة الشخصية البحتة، وإنه لايشكل بالنسبة للدولة التي يتم التحكيم علي إقليمها أية أهمية، فلا تصدر أحكام التحكيم بإسم هذه الدولة، لأن المحكم لايخضع لسيادتها (٢) إذ لايمكن تشبيه أحكام التحكيم بالأحكام القضائية، فالمحكّم لايسهم، علي أي نحو، في الوظيفة القضائية للدولة التي يتم علي إقليمها التحكيم، فهو لايكلف بخدمة عامة، ولا يباشر مهمته إلا استناداً إلى عقد خاص (٣). ولهذا « فإن توطين التحكيم إجرائياً لا يعني توطينه من الناحية القانونية » (٤).

١٦٦- وتتجه هيئات التحكيم في الغالب إلى إعمال قواعد تنازع القوانين في قانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ (٥)، لأنه وفقاً للمادة ٥ / ١ / (ب) من اتفاقية نيويورك، لايجوز الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، إذا ثبت إنه يخالف النظام العام في دولة التنفيذ.

وهذا الرأي يبدو صحيحاً فيما لو كان تنفيذ حكم التحكيم يتم في إقليم دولة واحدة، ولكنه يثير مشكلة ماهو الحل الواجب الاتباع عندما يتم التنفيذ في أكثر من دولة، وكانت أماكن التنفيذ تقف علي قدم

---

(١) إذ يرى بعض الفقه إن المشاهد من الناحية العملية إنه إذا كان التحكيم موكولا إلى منظمة دائمة، فإن المحكم يختار قاعدة التنازع في قانون الدولة الكائن بها مركز المنظمة (الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق ص١٨٩ هامش «١٠»).

(2) EISMAN'F : La Lex fori de l'arbitrage commercial, Trw. Com. droit int. privé, 19731975, P. 189 et s.

(3) Fouchard l'arbitrage. op.cit. P. 366 no 547.

(٤) الدكتور أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ١٦٢ .

(5) LALIVE : Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre internationl, Rev. Arb. 1976, T (3) . P. 162.

المساواة، بحيث لايمكن ترجيح مكان علي آخر.

كما أن هذا الاتجاه يسبق عمل المحكم في تعين القانون الذي يحكم النزاع، وقد لايتم العلم سلفاً بمكان التنفيذ الحكم، وقد يتعذر في غالب الأحيان.

واتّجه جانب من الفقه إلى تطبيق قانون دولة جنسية المحكم التي يقيم فيها بإعتباره أكثر الماماً بقواعده.

وهذا الاتّجاه قد يؤدي إلى تطبيق قانون ليس له أدني صلة بالنزاع (١).

ويري البعض إعمال قواعد الإسناد في قانون الجنسية أو الموطن المشترك لأطراف العلاقة. ويعيب هذا الاتجاه أنه يفترض وحدة جنسية الخصوم أو موطنهم المشترك، وهو يخالف مايجري عليه العمل في المنازعات الخاصة الدولية (٢).

١٦٧- ولهذا يحسن - كما ذهب قضاء التحكيم (٣) وجانب من الفقه (٤) - الرجوع إلى فكرة التطبيق الجامع للمبادئ المشتركة لقواعد التنازع التي تهم النزاع، أو تكون علي صلة به، أو ينتمي إليها طرف أو آخر Application cumulative des systémes de conflits intéressés

---

(1) LALIVE, Op .. CIT.

(٢) الدكتور أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ١٥٥-١٥٦ .

(3) Rendue dans l'affaire 5118 en 1986, par la Cour d'Arbitrage de la C.C.I., Clunet, 1987, PP. 1027 et s.

وكان النزاع فى الدعوى المشار اليها يتعلق بعقد بيع دولى، رأت المحكمة أن التطبيق الجامع ينحصر فى معاهدة لاهاى سنة ١٩٥٥ وقواعد تنازع القانون التونسى، والقانون الإيطالى، وخلصت الى تطبيق القانون التونسى.

(4) DERAINS, "lapplication cumultative par l'arbitre des systémes de conflits de lois interessés au litige, Rev: Arb 1972, PP. 99 et s.

وعن طريقها يتم استخلاص القانون الأكثر ملاءمة لحل au litige النزاع، مع استبعاد أي قاعدة تنازع لنظام قانوني وطني آخر، ومن باب أولي أي نظام قانوني غير وطني (١).

مدي إمكان تطبيق القانون الدولي العام علي عقود الدولة :

١٦٨- قامت عدة حالات (٢) لسلخ العلاقات التعاقدية بين الدول والأفراد الأجانب من نظام القانون الوطني للدولة المتعاقدة تمهيداً لوضعها في إطار القانون الدولي العام، أو علي الأقل في إطار نظام قانوني خاص Sui generis يكون أقرب إلى النظام الدّولي منه إلى النّظام الوطني أو الداخلي Plus proche de l'ordre international que systémes juridiques nationaux وهذه العلاقات الدولية State Contracts تتزايد من حيث نظامها وأهميتها - وعلي الأخص في نطاق الإنتاج الدولي، وهي علاقات تنصب علي بعض نواحي مختلفة من الحياة الإقتصادية، وتتبدي في أشكال متنوعة، منها القروض emprunt والتوريدات marchés de fournitures والإستثمارات envestissement وإتفاقيات التنمية الإقتصادية accords de développement économique التي تتبوأ مركزاً ممتازاً في التجارة الدولية.

وإن إختيار الأطراف « الدولة والفرد » القانون الدولي يجعل العقد تصرفاً قانونياً في القانون الدولي (٣).

(1) Obs. Y.D. sous sentence rendue dans l'affaire No. 4434 en 1983. Clunet 1983, PP. 893 et s.

(2) WILL : Problémes relatifs aux contrats passés entre un. Etat et un particulier, Recuil No. 128, 1969 (III) P. P. 101 et s.

(٣) الدكتور عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن. عقود التنمية الإقتصادية في القانون الدولي الخاص. دراسة إنتقادية ص٨٥ رقم ٦٧.

وقد دافع عن هذا الإتجاه Mann (١)، موضحاً أن محل الرختيار بمعرفة الأطراف في عقود الدولة، قد يكون قانون دولة معينة، وقد يكون القانون الدولي العام، وأن تبرير إدراج القانون الودلي العام، بين النظم القانونية التي يمكن إختيارها في هذا الخصوص، يستند إلى مجرد وجود الدولة كطرف في النزاع، دون أي تفسير آخر، إضافي أو تكميلي، ويضيف أن هناك قانوناً دولياً للتجارة بين الأمم ينطوي علي العديد من المبادئ وهي تكفي بذاتها لإعتبارها أساساً لاخضاع العقود إلى القانون الدولي العام، دون حاجة إلى إستخلاص مبادئ عامة مشتركة بين الأمم (٢)، ثم اللجوء إلى هذه المبادئ أو الاستعانة بها، وأن المبادئ العامة للقانون (٣)، يمكن أن تنتمي أيضا إلى قانون التجارة الدولية Lex Marcatoria مثلما تنتمي إلى القانون الدولي (٤) Les principes généraux du droit peuvent relver aussi bien de la " lex mercatoria" que du droi international. وأنه بالرجوع إلى المعاهدة المبرمة بين فرنسا وبريطانيا وايرلندا الشمالية، يتضح أن نص المادة ١٩ / ٥ منها يقضي بأنه لتنظيم المنازعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق المعاهدة. فإن محكمة التحكيم تطبق المعاهدة والمبادئ المتعلقة بالقانون الدولي، كما تنص المادة ١٩/٦ بأنه لتنظيم المنازعات المتعلقة بالإمتياز. تطبق نصوص المعاهدة، ونصوص الإمتياز.. ويمكن من ناحية أخري، تطبيق المبادئ المتعلقة

---

(1) Cité par: Jean- Micel- Jacquet : L'Etat opérateur du Commerce international Clunet 1989, P 629 et s.

(٢) مايلى، رقم ١٧٢ . ومابعده، ١٨٣ .

(٣) فالواقع فى فقه القانون الدولى العام أن المبادئ العامة للقانون تعتبر من المبادئ الأصلية للقانون الدولى العام.

(4) Cité par : Jean- Michel- Jacquet; op.cit., P. 640.

بالقانون الدولي (١).

وقد ظهر الاتجاه واضحاً – علي ماسنري (٢) – في حكمي Aminol .Texaco

وقد رأي جانب من الفقه (٣) أن القانون الدّولي العام، يتوجه بالخطاب إلى الدول، وينصرف إلى حكم التصرفات الصادرة منها بوصفها سلطة ذات سيادة. وهو لايحكم إلا علاقات متساوية بين الدول، ولاينطوي في الوقت ذاته علي نظام خاص بحكم عقود التجارة الدولة سواء في شأن إبرامها أو تنفيذها ومن ثم، تختفي ولايته بحكم العقود الدولية محل البحث، هذا فضلاً عن أن قاعدة التنازع الخاصة بالالتزامات التعاقدية لاتقوي علي أن تؤدي دورها في خصوص القانون الدولي العام.

ومن ناحية أخري، فإن القانون الدولي العام لايتلاءم مع معطيات التجارة الدولية، ويتعين اللجوء إلى تشريعات القوانين الوطنية المختلفة في شأن بعض المسائل المتعلقة بالعقود مثل التشريعات الأقتصادية التي ترمي إلى تفادي اللامساواه أو اختلال التوازن في مجال العقود، وكذلك الحكم بفوائد التأخير، أو تحديد مسئولية المنتج، وهي مسائل تجد مصدرها في القوانين الداخلية وحدها، كما أن الأشخاص في عقود تحكيم الدولة لاتعتبر من أشخاص القانون الدولي بل تنزل الدولة منزله الأفراد، حتي ولو تمثلت في شكل مشروعات عامة.

---

(1) Cité par : Jean- Michel- Jacquet ..op.cit., P. 641.

(٢) مايلى رقم ١٧٥ .

(3) Fragistas. "ch" l'àrbitrage étrangére et l'àrbitrage interne en dr. privé-Rev crit. 1960. P. 15.

هذا بالإضافة إلى أن مجرد إسناد العقد إلى المبادئ العامة للقانون، لا يمكن أن يستخلص منه إطلاقاً إسناده إلى القانون الدولي العام.

وقد رأت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٣١ مايو سنه ١٩٣٢ (١) بأن الموضوع في هذا الشأن يتعلق بعقود ترتبط بالقانون الخاص، وهي تشابه عقود الأفراد سواء بسواء.

كما حكم في قضية Aramco في ٢٣ أغسطس ١٩٥٨ بأنه لاوجود لأي عقد إلا اذا كان مستنداً إلى قانون دولة ما، ولما كانت اتفاق سنه ١٩٣٣ قد أبرم بين دولة وشركة أميريكية خاصة. فانه لاينتمي إلى القانون الدولي العام.

التجزئة الارادية والتجزئه اللاارادية :

١٦٨ مكرر- قد يختار الأطراف قانونا معيناً لينطبق علي جانب من جوانب العقد، ويترك باقي جوانب النزاع لقواعد تنازع القوانين في قانون القاضي، وهذه هي التجزئه الإرادية التي تعتبر من صنع الخصوم.

ومن ناحية أخري فقد اتّجه المشّرع المصريّ نفسه إلى تجزئه العقد، فميز بين شكل العقد ومضمونه فأسند الشكل إلى قاعدة إسناد معينه، وهي خضوعه لقانون مكان الابرام كما أفرد للأهلية إسنادا آخر هو قانون جنسية كل من المتعاقدين (٢).

وتتحقق التجزئه اللاارادية أيضا عند تطبيق قواعد البوليس

---

(1) Rev. crit. 1936.P. 272.

(2) en ce sens travaux de jean Dabin le contrat èconomique international stabilité et evolution op.cit.

التي لاتشكل جزءا من القانون المختص بحكم العلاقة متي كان لها إرادة التطبيق علي نزاع التحكيم.

ولما كان الجانب المفرد في قوانين التطبيق الفوري لايكون إلا جزئيا، بمعني أنه لايعمل به إلا بالنسبة لبعض قوانين القاضي التي تعتبر تنظيما حقيقياً للدولة. فإن كل مايخرج عن هذا النطاق، يكون من اختصاص قواعد التنازع وهنا تتحقق تجزئه لا إرادية في العلاقة الواحدة إذ من المعروف أن نظام الإرادة قد لايستوعب كل جوانب العلاقة التي ترتبط في نفس الوقت بقوانين البوليس.

المطلب السادس
إرادة إنطباق القانون الأجنبي
في النظام المفرد الجانب

١٦٩- استخلص الفقه المفرد الجانب في فرنسا، والمانيا وبلچيكا نظام تحديد نطاق القانون من حيث المكان، سواء أكان هذا القانون هو قانون القاضي، أم كان قانوناً أجنبياً.

وبتطبيق هذا النظام علي قضاء التحكيم في إطار عقود التجارة الدّولية يمكن القول بأن المحكّم يستطيع تطبيق قانون مقر التحكيم، أو القانون الأجنبي، أو أي قانون آخر غير قانون مقر التحكيم، الذي يتضمّن نصّا يندرج في نطاق تطبيقه الوقائع المتنازع عليها، حتي ولو كان هذا القانون من قوانين البوليس متي كان راغبا في التطبيق se vent applicable.

ويترتب علي ذلك، أن النظام المفرد الجانب يقتصر علي تحديد نطاق تطبيق قانون مقر التحكيم (قانون القاضي بالنسبة لقضاء الدولة)، بل يمتد إلى تحديد نطاق تطبيق القانون الأجنبي، ومن ثم فإن الجانب المفرد لقواعد التنازع لا يؤدي حتماً، وبالضرورة إلى تبني نظام مفرد الجانب.

وإذا كان هناك أكثر من قانون له إرادة الانطباق علي ذات العلاقة، فإنه يتعين اختيار أكثر هذه القوانين فعالية بين كافة القوانين التي تتزاحم حكم العلاقة، بحيث يكون هذا القانون هو وحده الجدير

بالتطبيق.

١٧٠- ومع ذلك، فإن تطبيق قوانين البوليس بمعرفة المحكَم تثير مشاكل مختلفة عن تلك عندما يقوم القاضي بتطبيق هذه القوانين.

وفي الحقيقة - فإن القاضي يجري تمييزاً بين قوانين بوليس القاضي، وقوانين البوليس الأجنبية ، وهي تفرقة لاوجود لها بالنسبة للمحكّم. ذلك أن كل القوانين التي تدعي حكم العلاقة يكون لها الأولوية - في نظر المحكم - علي نحو متساوٍ في التطبيق بإستثناء القانون المختار بمعرفة الأطراف لحكم العقد، فهذا القانون يفرض علي المحكم بإرادة الأطراف، دون أن يكون للمحكم تقدير في هذا الاختيار، ذلك أن واجب المحكم. يرتبط بمهمته المستمده من الأطراف. في حين أن واجب القاضي التلقائي في الحكم مستمد من الدولة التي تمارس العدالة بإسمها.

وهذا الاختلاف له أهميته العملية، فالقاضي لايمكن أن يستجيب إلي رغبة الأطراف في استبعاد قانون بوليس القاضي، في حين أن المحكّم لايعتبر حارساً للنظام العام في الدولة التي أصدرت قانون البوليس المطلوب تطبيقه.

ومع ذلك، فإن حرص المحكم علي فعالية حكمه يقتضي منه ضرورة مراعاة نظم قوانين البوليس الداخلية المرتبطة بالنزاع حتي في مكان التحكيم وعلي الأخص مايتعلق عنها بقانون الدولة التي يتم

(1) Vivier, "Le caractere bilateral des règles de conflit de lois. Rev. Crit1953. P. 655 et 1954. P. 73.

فيها تنفيذ الحكم (١).

وفي مسائل التحكيم الدولي بالنسبة للمحكم - لايمكن وضع أي تفرقة بين قانون البوليس الوطني. وقانون البوليس الأجنبي، التي تعتبر جميعها أجنبية بالنسبة للمحكم وتلقائية التطبيق.

ولايمكن تطبيق قانون البوليس الأجنبي إلا في الحدود التي يهدف فيها هذا القانون المركز المراد حكمه، فإذا أبرم عقد بين ألماني وإيطإلى اتفقا فيه علي خضوعه للقانون الإنجليزي، فإن تقدير صحة هذا العقد بالنسبة لتشريع الصرف الانجليزي لامحل له. متي كان التشريع الانجليزي. لايقصد العمليات المترتبة علي العقد (٢).

وإذا تحقق عدد من قوانين البوليس التي تحمي المستهلك، بخطر الشروط التعسّفية، فإنّه يجب تطبيق القانون الذي يحقق مزيداً من الحماية، أو الذي يتضمن حماية أكثر اتّساعا وشمولاً؛ لأن ذلك يستجيب إلى رغبة القوانين الأخري (٣).

---

(١) ماسبق رقم ١٦٦، ومايلى رقم ٢٥٣،٢٥٢،٢٤٩ أن عدم أعمال قوانين البوليس الأجنبية ذات التطبيق الضرورى قد يؤدى الى رفض تنفيذ حكم التحكيم الذى لم يطبق هذه القواعد وهو مايؤدى الى الاخلال بتوقعات الأطراف فى علاقات التجارة الدولية.

(2) Toubiana. la domaine op.cit n° 330

(3) Mayer. Les lois de police étranères. clunet. 1981 P 328. n°56

المبحث الثاني
القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدّولية في إطار قانون التجارة الدولية

خطة البحث:

١٧١- سبق لنا في الفصل التمهيدّي دراسة عادات وأعراف التجارة الدولية (١) بإعتبارها تشكّل المصدر الأول لقانون التجارة الدّولية. وبيّنا المعاهدات التي ترتبط بهذا الموضوع، سواء تعلّقت أحكامها بقواعد موضوعية موحّدة (٢). أم قواعد إسناد موحدة، وكذلك التشريعات الداخلية، وهنا تكتفي بالإحالة إليها.

وفي هذا المبحث نعرض بشئ من التفصيل لسائر مكونات قانون التجارة الدولية التي عرضنا لها بإيجاز في الفصل التمهيدي، ونعني بها القواعد المشتركة للأمم المتمدينة (٣) وقواعد العدالة والإنصاف (٤)، والعقود النموذجية (٥)، ومدي سلامة فكرة العقد دون قانون بالنسبة لهذه العقود.

وعلي ضوء ماتقدّم يمكن تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب علي

---

(١) ماسبق رقم ٢٨ .

(٢) ماسبق رقم ٣٣ .

(٣) ماسبق رقم ٣٨ .

(٤) ماسبق رقم ٣٢ .

(٥) ماسبق رقم ٢٩، ٣٠ ، ومايلى رقم ١٩٤ .

النحو التالى :

المطلب الأول : المبادئ العامة المشتركة بين الأمم المتمدنية.

المطلب الثاني : مبادئ العدالة والإنصاف.

المطلب الثالث : العقود النموذجية ومدي سلامة فكرة العقد دون قانون.

المطلب الأول
المبادئ العامة المشتركة بين الأمم المتمدنية

تمهيد

١٧٢- رأي Fouchard (١) أنّ اتجاه المحكمين نحو تسبيب أحكامهم إستناداً إلى التدليل القانوني المجرد، بعيداً عن القواعد الوطنية الصادرة من الأجهزة التشريعية للدول المختلفة، كان من أهم الأسس الجوهرية التي أدت إلى إرساء المبادئ القانونية العامة.

ويقصد بالأمم المتمدنية « الدول ذات النظم القانونية المتكاملة(٢)».

وفي هذا الصدد، نعرض للانتقادات الموجهة إلى فكرة المبادئ العامة المشتركة، ثم نبين الأسس التي استند إليها قضاء التحكيم في استخلاصها، وأخيراً نتصديً لتطبيقات هذه المبادئ. والعلاقة بين المبادئ العامة للقانون وقانون الدولة المتعاقدة، ثم نوضح مدي الصلة بين المبادئ العامة والقانون الدولي العام.

الإنتقادات الموجهة إلى المبادئ العامة المشتركة:

١٧٣- انتقد جانب من الفقه (٣) القواعد الموضوعية التي تنتمي إلى فكرة المبادئ العامة المشتركة استنادا إلى عدم كفايتها . فهناك

---

(1) FOUCHCHARD Ph : L'arbitrage commrcial international, Thèse Dijon, 1965. P. 175.

(٢) الدكتور مصطفى سلامة. القانون الدولى العام سنة ١٩٩٤ ص ٢١٤ .

(3) Déby- Gérard. Le rôle de la règle ..., op.cit., P. 211.

مسائل عديدة، يجب الرجوع في شأنها في قواعد الإسناد، مثل الأهلية، وعيوب الإرادة، وكذلك بعض المسائل الأخري،مثل سلطة وكلاء الشركات التجارية في إبرام عقود التجارة الدولية.

كما أن هذه المبادئ ليست متحققة في كافة أنظمة الدول المختلفة، وإن وجدت فإنها ليست موحّدة، وأنها في حقيقتها قواعد وطنية بحتة، مشتقة من القوانين الدّاخلية للدول، وليست مستقلة عنها، وهي علي النحو لاتتمشي مع متطلبات التجارة الدولية (١).

ويضيف جانب من أنصار هذا الفقه(٢)، أن هناك دولا إشتراكية وأخري رأسمالية، وكل من هذين النظامين يتميز بفلسفة مختلفة تماماً، فالنظام الأول يجد أساسه في تقديم الجماعة علي الفرد، والنظام الثاني يقدم الفرد علي الجماعة. وإزاء هذا الإختلاف البّين بين النظامين المشار إليهما، يستحيل وجود مثل هذه القواعد. فمبدأ حسن النية متحقق في النظامين، ولكن مفهومه مختلف في كل منهما، فهو ذو مفهوم إشتراكي في النظام الأول، ورأسمالى في النظام الثاني(٣).

---

(1) FOUCHARD, op. cit., P. 74.

(2) ABD-El-WAHAB S. Reflections on the general principals of law, Egypt, 1963, No. 311, P.49.

(3) WENGLER W : Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat, Rev. Crit., 1982. P. 488.

وفى نطاق تظهير الأوراق التجارية الناقل للملكية، يشترط حتى يستفيد الحامل من قاعدة عدم جواز الإحتجاج بالدفوع أن يكون حسن النية وقد ثار الخلاف حول معنى سوء النية الذى يعطل تطبيق هذا المبدأ. فرأى البعض أن مجرد علم الحامل بالدفع وقت تظهير الورقة التجارية اليه كاف لإعتباره سئ النية. وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية. ولكن جانباً أخر فى الفقه لايكتفى بمجرد العلم لنفى حسن النية، بل يشترط أن يكون هناك تواطؤ بين المظهر والمظهر اليه على حرمان المدين الصرفى من الإستفادة من توجيه الدفع.

ورغم هذا الخلاف، فقد ذهب جانب من الفقه (١)، أن فكرة حسن النية، « هي التعاون وبذل العطاء بين أفراد المجتمع من أجل المصلحة العليا لهذا المجتمع، وإنه لايمكن فهم حسن النية من خلال علاقة دائن بمدين ». وهي فكرة يصعب تعريفها « في قالب محدّد ».

وكذلك فإن المدة التي يتعين علي المشتري إخطار البائع خلالها بضمان العيوب الخفية التي تظهر في المبيع، يختلف القانون بشأنها من مكان إلى آخر طبقاً للوسط التجاري الذي يتم في إطاره، مما لايمكن معه أن يتحقق بالنسبة لهذه المسألة مبادئ عامة مشتركة.

كما أن هذه المبادئ تتعارض مع بعضها. ومن هذا القبيل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يقيده مبدأ عدم جواز الغبن. ومبدأ أن البطلان لاينتج أثراً يعارضه مبدأ الإعتداد بالآثار التي لايمكن محوها.

الأسس التي أستند إليها قضاء التحكم في استخلاص المبادئ العامة :

١٧٤- ورغم هذه الاعتراضات، فقد استطاع قضاء التحكيم أن يستخلص العديد من هذه المبادئ (٢) - من الدراسات القانونية في مختلف النظم القانونية التي لايمكن تجاهلها في إطار علاقات التجارة الدولية، وعلي الأخص بالنسبة لعقود الاستثمار والتنمية، استناداً إلى أنها تستجيب إلى التطور الحديث- وأن هناك تقاربا بين النظم بحيث يسمح بتحقق هذه المبادئ المشتركة (٣).

---

(١) الدكتور عبد الحميد الأحدب مذكرات التحكيم بالصلح، محاضرات، القاهرة، من ٧ الى ١٢ يناير ١٩٨٩، ص١٢ .

(٢) ماسبق رقم ٣١

(3) LALIVE : En récent arbitrage Suisse entre un organisme d'Etat et un socitété privé étranger, 1962, P. 302.

ومتي تم استخلاص هذه المبادئ من النظم القانونية المختلفة، فإنها تفقد كل رابطة بهذه النظم الأخيرة، ويكون لها كيانها المستقل الذي يسمح لها بأداء وظيفتها في إطار التجارة الدولية، بمعني أنها تستقل عن النظم القانونية الداخلية التي تستقي منها.

وقد عرف الفقه (1) هذه المبادئ العامة بأنها القواعد التشريعية التي تصادف قبولا في الكثير من النظم القانونية أيا كانت درجة تقدمها، وهي قواعد تطبق مباشرة علي الأنزعة دون وساطة قواعد التنازع.

وهذه المبادئ تجد سندها في المادة (٢٤) من القانون المدني المصري. وهي لاتقتصر علي المبادئ السائده في مصر، بل يعني المبادئ السائدة بالنسبة لتنازع القوانين في مختلف البلاد.

والذي يسعف هيئات التحكيم في استخلاص هذه المبادئ هي أنها ليس لها قانون اختصاص يقيدها.

ويتوافر لهذه المبادئ طابع العمومية من خلال الاعتراف بها من جانب التشريعات الوطنية لمعظم الدول.

وشرط تطبيق قواعد الأمم المتمدينة، قد تم الاتفاق عليه بين مصر وهيئة بترول « أسو »، كما حواه اتفاق البترول بين الكويت وشركة بترول إسبانية.

ويجري تطبيق هذه المبادئ علي عقود القرض المبرمة بين البنك الدولي للإنشاء والتعمير والأفراد في الدول المختلفة.

(1) Mann : Reflections on a commercial law of nations, 1957, P37.

وجاء بإتفاق القرض بين هيئة قناة السويس وصندوق أبو ظبي مايفيد تطبيق المبادئ العامة المشتركة بين قوانين الدول الغربية.

تطبيقات قضاء التحكيم للمبادئ العامة :

١٧٥- وغالباً ماتطبق هيئات التحكيم علي النزاع الدولي المبادئ العامة المشتركة للأمم المتمدينة، وتعتبرها من مصادر قانون التجارة الدولية.

والأصل أن الالتجاء إلى هذه القواعد الموضوعية لايجد محلاً إلا اذا استحال تطبيق قانون معين علي النزاع، سبب وجود فراغ تشريعي في القانون الواجب التطبيق، أي بسبب إهمال المشرع تنظيم المشألةموضوع النزاع. بمعنب أن الاقنون المختار غير قابل للتطبيق لعدم وجود قاعدة قانونية فيه تنطبق علي النزاع

وبهذا قضت هيئة التحكيم في الدعوي المرفوعة من شركة الشكك الحديدية ضد أثيوبيا، أنها لم تعثر علي قانون أداري في أثيوبيا وهي الدولة مانحة الأمتياز، ولذلك فرنها تطبق قوانين الدول الأوروبية المتعلقة بأمتياز المرافق العامة (١).

ويحدث هذا عادة في عقود نقل التكنولوجيا، التي يقتضي تنفيذها وقتا طويلاً، بحيث يطرأ أثناء التنفيد مسائل لم يتوقعها الأطراف، ولم تحظ في الوقت ذاته بتنظيم من جانب المشرع، أو كان تنظيمها غير كاف.

---

(١) الدكتور أحمد عشوش : قانون النفط، الإتجاهات الحديثة فى تحديد القانون الذى يحكم إتفاقيات التنمية الدولية، ١٩٧٨، ص١١٧ ومابعدها.

١٧٦- ومع ذلك، تعسفت هيئات التحكيم في تطبيق هذه المبادئ فطبقتها علي الأنزعة، رغم وجود نص قانوني يحكمها (١)، بحجة أن هذا النّص لا يتلاءم مع النظم القانونية الحديثة أو المتطورة.

وأنطلاقا من هذا المفهوم، طبقت محكمة التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية بباريس سنة ١٩٧٩ (٢) مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود بوصفه من المبادئ العامة المشتركة لقوانين الأمم المتمدينة principes généraux du droit reconnus par les nationa Lcivilisées التي تندرج في قانون التجارة الدولية بعد استبعاد كل من القانون التركي، والقانون الفرنسي، وكان مقطع النزاع ينحصر في بيان ماإذا كان إنهاء الوكالة يرجع إلى خطأ الطرف المنهي، وما إذا كان قد لحق الطرف الآخر ضرر يستوجب التعويض.

وقـــد hستبعد المحكّمون في بعض المنازعات الدولية، القوانين الوطنية للدول النامية متي كانت هذه القوانين لاتتلاءم مع حل النزاع أو كانت تتضمن فراغا تشريعياً أو قصوراً.

وهذا هو ماذهب إليه المحكّم في قضية شركة التنمية البترولية ضد شيخ أبو ظبي بتاريخ ٢٨ أغسطس ١٩٥١ (٣)، حيث تم استبعاد قانون أبو ظبي استناداً إلى أن الشيخ يمارس القضاء بسلطة تقديرية واسعة طبقاً لمبادئ القرآن، وليس من المعقول أن نفترض في مثل هذا المكان القبلي وجود مجموعةقانونية تحكم النزاع، وأن قانون أبو ظبي

---

(١) ولهذا اتجه جانب من الفقه، أنه إذا كان حكم التحكيم مستنداً الى المبادئ العامة وحدها دون نظام قانونى لدولة معينة. فإن ذلك يؤدى الى عدم إمكان تنفيذه، إلا فى الحدود التى تتفق فيها هذه القواعد مع عادات التجارة الدولية. Wengler op. cit.

(2) Rev Arb. 1983, P. 252.

(3) Rev Crit. 1956, P. 32 et s., Note B Atiffol.

متخلف لايقوي علي التصدي للمعاملات التجارية الحديثة . وانتهي المحكّم إلى تطبيق القانو ن الإنجليزي - وهو قانون جنسيته - بوصفه تعبيراً عن المبادئ المشتركة للأمم المتمدينة. أي أن المحكم طبق قانون دولته بوصف أن هذا القانون يمثل المبادئ المشتركة بين الأمم المتحضرة.

وفي تحكيم « أرامكو والسعودية » قرر المحكّم بتاريخ ٢٣ أغسطس ١٩٥٨ (١) عدم كفاية مبادئ القرآن لحل مشاكل الإنتاج البترولي، استناداً إلى أن هذه الدول النامية تعوزها الثقافة القانونية الكافية.

وفي تحكيم حاكم قطر وشركة البترول البحري المحدودة (٢)، قرر المحكّم أنه إذا كان القانون الإسلامي هو الاقنون المطبق في قطر، والواجب التطبيق علي النزاع، إلا أنه لايتضمن أية مبادئ لحل النزاع في هذا النوع من العقود.

وفي هذه الأحكام تم إستبعاد القانون الإسلامي، وتطبيق المبادئ العامة للقانون.

١٧٧- والواقع أن مايعمله المحكّم علي منازعات التجارة الدولية بشأن المبادئ العامة المشتركة للأمم المتمدينة، إنما هو رد فعل لثقافته القانونية (٣)، وإنعكاس للنظم القانونية التي يعرفها ويكون علي الملم بها.

ومن ناحية أخري، فإن إعمال هذه المبادئ - باعتبارها قواعد ثابتة

---

(1) Rev. Crit.. 1963, P. 272.

(2) International Law Reports 1953, P. 543 et s.

(3) SCHLESINGER : Research on the genral principles of law recgnised by civilized national, 1957, P. 734

- يصادر حق الدولة في تعديل قوانينها، وهو من الحقوق التي كفلها الدستور في الدول المختلفة (١).

وكذلك، فإن تطبيق المبادئ العامة المذكورة، يخالف مبدأ تدرج القواعد القانونية، وتعّددها. ذلك أنه من المقرر، إنه إذا لم يوجد نص تشريعي، يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضي العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضي مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضي مبادئ القانون الطبيعي والعدالة، ولا يقصد من جمع المصادر علي هذا النحو مجرد تعدادها، بل يراد بوجه خاص تدّرجها من حيث الأولوية في التطبيق.

١٧٨- إن اتساع نطاق التجارة الدولية، وتنّوع المعاملات التي تقوم عليها، أدّي إلى زيادة لايستهان بها من العلاقات المذكورة بين التجار الذين ينتمون إلى دول متباعدة، تختلف اختلافاً جوهرياً في نظمها الاقتصادية والاجتماعية وكذلك التشريعية، مما يصعب معه في إطار هذه الظروف، استخلاص مبادئ عامة مشتركة بين هذه النظم لحكم علاقات التجارة المتنوعة والغير متناهية.

وفي الحقيقة فإن هيئات التحكيم في الأحكام المشار إليها إنما تستخلص هذه المبادئ العامة من الأنظمة القانونية السائدة في الدول الرأسمالية الصناعية الكبري، وتعملها - رغم إختلاف مفهومها في هذه الدول - علي الأنزعة المرتبطة بدول نامية، الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى عجز الدول الأخيرة في استغلال ثرواتها الطبيعية.

---

(١) الدكتور أحمد عشوش : *النظام القانونى للإستثمارات الأجنبية فى مصر*، ١٩٨٨، ص ٥١٩ .

ولعل هذه الاعتبارات هي التي أدّت بالدّول الإشتراكية وشركاتها إلى رفض إبرام اتفاقات التحكيم التي تجعل الإختصاص إلى هيئات التحكيم المذكورة بشأن تعاقداتها مع الشركات في الغرب.

١٧٩- ولهذا، فقد عادت محكمة التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية في الدعوي رقم ١٥٢٦ لسنة ١٩٦٨ (١) في عقد إمتياز إداري، إلى تطبيق قانون الدولة مانحة الإمتياز، بإعتبار أن عقد الإمتياز المشار إليه يجد مجاله في التنفيذ في هذه الدولة، ولأن هذه هي إرادة الإطراف الضمنية.

وهذا الاتجاه يعتبر مخالفاً للاتجاه في حكم سنة ١٩٥١ في قضية أبو ظبي ضد شركة التنمية البترولية (٢)، وقد يمثل نوعاً من العدول عن الاتجاه الذي تضمنه هذا الحكم الأخير.

العلاقة بين المبادئ العامة للقانون وقانون الدول المتعاقدة :

١٨٠- ويتّجه قضاء للتحكيم في بعض الأحيان إلى التصريح في أسباب الحكم إلى أن المبادئ العامة المشتركة تماثل تماما قانون الدولة المتعاقدة.

ففي دعوي « لينا جولد فيلذر » ضد روسيا، قالت هيئة التحكيم، أن « مبدأ الإثراء بلا سبب » معترف به في روسيا (٣).

وفي قضية Sapphire ، انتهت هيئة التحكيم إلى أن قاعدة « العقد شريعة المتعاقدين »، و « مبدأ عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه

---

(1) Clunet, 1974, P. 915 spec. Observations de M.Y.D., P. 920.

(٢) ماسبق رقم ١٧٦ .

(3) Law Qyuarterly, Vol. 36, 1950, PP. 31-55.

يجيز للطرف الآخر فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتض » معترف بهما في القانون الإيراني (١)، وأكد الحكم في نفس الوقت أن المبادئ العامة هي التطبيق المشترك بين الدول المتدنية.

وذهبت محكمة التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية في العدوي رقم ١٥١٢ سنة ١٩٧١ إلي أن القواعد المشتركة للنظم القانونية للدول المتمدينة ليست غريبة عن القوانين الوطنية للإطراف المتنازعة « الهند والباكستان »، موضحة أن هذه المبادئ تجد مكانها في النظامين القانونين المشار إليهما (٢).

ولهذا لانري في هذه المبادئ العامة سوي قواعد مدرجة في القوانين الوطنية (٣).

وعلي ذلك، يمكن القول بأن الإسناد إلى المبادئ العامة للقانون لايتنافي مع قانون الدولة المتعاقدة، لأن هذه المبادئ تمثل قواعد أساسية وقانونا مشتركا droit Commun des nations متحققاً في غالبية النظم القانونية.

١٨١- وفي إطار منازعات نقل التكنولوچيا، تم الاعتراف بقواعد عامة مشتركة بين الدولة المتمدينة، منها مبدأ حرية الملتقي في استخدام التكنولوجيا في بيع منتجاته في أي مكان دون تدخل من المورد وبالكيفية التي يراها، وله حرية التطوير التكنولوجي والتحسينات والاستقلال بمشروعة. وقد نصت معاهدة روما سنة ١٩٥٧ علي حظر شرط يقيد الإنتاج أو الأسواق أو الإستثمار أو

(1) LALIVE : Contracts between a State or a State Agency and a foreign Company, Clunet, 1964, P. 1011.

(2) Clunet, 1974, P. 910 Obser. Y.D.

(3) Pommier. principe d'autonomie .. op. cit. P. 305.

التطوير التكنولوجي.

وكذلك تقرر التشريعات الوطنية المختلفة مبدأ حق المتلقي بالاستمرار في دفع الاتاوة، بعد أن تفقد التكنولوجيا السرية أو بعد انقضاء أجل حقوق الملكية الصناعية أو بعد أن تقرر إبطالها.

ومن المبادئ المتعارف عليها بين الدول، مبدأ تحديد مدة العقد، وحظر إبرام العقد لمدة غير محددة، وذلك بهدف حماية المتلقي من الارتباط بالعقد عندما تفقد التكنولوجيا حداثتها أو قيمتها الإقتصادية أو سريتها، أو لظهور ماهو أحدث منها.

ومن هذه المبادىء أيضاً بطلان كل شرط يؤدّي إلي حرمان المتلقي من الطعن في صحة حقوق الملكية الصناعية أو حقوق المعرفة. سواءً بالطريق القضائي، أو الإداري (١).

تطويع فكرة المبادئ العامة :

١٨٢- وقد أسهم قضاء التحكيم في تطويع فكرة المبادئ القانونية العامة دون الخروج عن مضمونها - حتي تتلاءم مع معطيات التجارة الدولية. فإذا كانت نظرية الحوادث الطارئة - المستخلصة من المبادئ العامة - تخول القاضي سلطة مطلقة في تعديل العقود، برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، فإن قضاء التحكيم كثيراً ما قد يحجم عن إعمال هذه النظرية في إطار طائفة من عقود التجارة الدولية، التي تجري في مجتمع مهني محترف يتوقع أفراده عادة الظروف الإستثنائية ومخاطر ارتفاع الأسعار. ذلك أن معطيات التجارة

---

(١) راجع في تفضيلات ذلك الدكتور يوسف الأكياني: النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، ١٩٨٩، ص ٥٣٥ ومابعدها.

الدولية قد تقيد سلطة المحكّم في تعديل عقود المدة ذات التنفيذ المستمر مثل التوريدات الدولية، وكذلك العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل، وأيضاً عقود تسليم المفتاح في إليد طويلة الأجل (١).

والزلزال يعتبر حادثا إستثنائيا متي حدث في منطقة لاتتعرض عادة للزلازل .

والحدث الاستثنائي قد يكون عملا قانونياً كقرار إداري وقد يكون تشريعياً مثل قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ (نقض ١٨ / ٢ / ١٩٦٥ س ١٦ ص ١٩١).

ومن ناحية أخري فقد رأي قضاء التحكيم أن التأخير في الوفاء لايعد إخلالاً بعقود التجارة الدولية طويلة المدي، لأنها مسألة يجب أن يتوقعها الأطراف في هذا النمط من العقود.

النظام العام الدولي الحقيقي :

١٨٢ م – كما يمكن لقضاء التحكيم الإستناد إلى هذه المبادئ في تقرير بطلان الإتفاقيات المخالفة للنظم الداخلية الآمرة في الدول المضيفة للاستثمار، مثل الاتفاق علي العمولة، أو تحويل العملة، أو إدخال بضائع في دولة أجنبية بالمخالفة لقوانينها الجمركية، أو صناعة أشياء ممنوعة في دولة أجنبية بالمخالفة لقوانين هذه الدولة (٢).

ويوضح باتيفول (٣) أساس البطلان « أنه من الملائم النظر إلى هذا السبب بوصفه منافياً للأخلاق لأن المسألة تشكل مسلكاً يتم علي إقليم معين بالمخالفة للقواعد القانونية التي تنطبق في هذا الإقليم علي

(1) GOLDMAN : Tav. de Com. de Dr. Int. Priv., 1977-1979, PP. et s.

(2) En ce sens : Paris 19 Fev. 1966, Rev. Crit, 1966, P. 264. Note Louis Lucas.

(3) BATIFFOL ; Les coflits de lois .., op. cit., P. 365.

الكافة مما يستوجب الحكم ببطلان العقد، وذلك أيا كان المكان الذي يتواجد فيه القاضي » أو المحكّم ».

وترى Toubiana أن فكرة النظام العام الدولي الحقيقي une notion d'ordre public réellement international هي الأداة الكفيلة بإبطال مثل هذه العقود بالمخالفة لقوانين أجنبية لاتحكمها، ولاتنطبق عليها، ولم يتم تحديدها طبقاً لقواعد التنازع، وهي تشير إلى حكم لمحكمة السين بتاريخ ٤ فبراير ١٩٥٦ جاء به : « أن أعمال التهريب التي تتم بالغش نحو القوانين الأجنبية، تعد أعمالاً غير مشروعة، ولاتنتج أثراً. وأن النزاع الماثل يمس النظام العام الدولي (١) ».

وللمحكم أن يثير هذا البطلان المترتب علي فكرة النظام العام الدولي الحقيقي من تلقاء نفسه دون ثمة حاجة إلى التمسك به من جانب الخصوم؛ لأنّ المسألة تتعلّق بالأخلاق الدّولية. والآداب العامة المشتركة.

كما اتّجه الفقه الحديث إلى تطبيق القانون العام الأجنبي لإبطال الأعمال التي تتم بالغش نحو القانون الأجنبي (٢).

مدي الصلة بين المبادئ العامة والقانون الدولي العام :

١٨٣- وطبقاً لرأي Weil (٣)، فإن بعض العقود التي يمكن تكييفها بأنها اتفاقيات التنمية الإقتصادية أو عقود الإستثمار les accords de développement économique ou contract d'unvestissements تنتمي موضوعياً بسبب طبيعتها إلى نظام قانوني، قد لايكون إلا قانوناً

(1) Toubiana le domaine de la loi. P. 237.

(٢) ماسبق رقم ١٦٨ .

(3) Droit international et contrat d'Etats, Mélanges Rauter, P. 580.

دولياً، وأن هذا النظام القانوني الدولي يمكن أن يبدو بالنسبة لهذه العقود بمثابة نظام قانوني أصيل un ordre juridique d'enracinements يكون تحديده بناء علي عناصر موضوعية بعيداً عن الارادية أو الشخصية، ويضيف هذا الفقه، أنه أيا كان النظام القانوني المطبّق علي العقد، أي سواء كان قانون دولة معينة، أو الاقنون الدّولي، فإنه يضفي علي العقد قوته الملزمة.

وهذه النظرية قد تمت الإشارة إليها في حكم Tecaco السابق بيانه، إذ قرر الحكم أن « القانون الداخلي للدولة المتعاقدة ينطوي في ذاته علي مبادئ القانون الدولي. وأن كل قانون وطني يكون متضمنا مبادئ عامة، مثل تلك التي نصت عليها المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية ».

وقد رأى جانب من الفقه (١) إنه قد ظهر من خلال تطبيق النظرية المشار إليها بعض جوانب الضعف . ذلك أن نفس العناصر الشخصية فى هذا الحكم، هى المستخدمة فى تحديد النظام القانونى أساس العقد، وفى تحديد القانون المستبعد فى حين أن النظام القانونى- محل البحث- يتجه من حيث المبدأ إلى تقليل الدور التوحيد لإستمرارية القاعدة التى تتيح للأطراف الإختيار.

وجاء فى حكم Aminoil (٢) الصادر فى ٢٤ مارس ١٩٨٢ أنه: « لا نزاع فى أن قانون الدولة الذى ينطبق مباشرة على العديد من المسائل هو نظام متطور ومن هذه الناحية، فإن الحكومة تؤكد أن القانون الدولى العام السائد يشكل بالضرورة جزءاً من قانون الدولة.

---

(1) Cité par : Jean-Michel- Jacquet : L'Etat opérateur du commerce international Clunet 1989, P. 629 et s.

(2) Cité par : Jean- Michel - Jacquet, L'Etat .., op. cit., P. 628.

وبدوره فإن المبادئ العامة للقانون (١) تعتبر جزءاً من القانون الدولى العام (م ١/٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية)(٢) ولهذا السبب، فإنه ينطبق على إمتياز البترول الناتج فى الواقع من الشروط التى يحتويها.

١٨٤- ومع ذلك، فإن بعض الدول النامية، هى التى تقبل الخضوع لهذه القواعد بطريق غير مباشر. فهى وإن كانت تحرص على اختيار قانونها الوطنى لينطبق على منازعات التحكيم التى تعتبر طرفاً فيها، إلا أنها فى ذات الوقت تجعل هذا التطبيق مرهوناً بشرط اتساق قانونها مع المبادئ العامة ومبادئ القانون الدولى، وفى حالة غياب المبادئ المشتركة بين القانون الليبى ومبادئ القانون الدولى، فإن المنازعة تكون محكومة، ويتم تفسيرها طبقاً للمبادئ العامة للقانون.

وقد تم هذا الشرط بصورته المشار إليها، فى إتفاقات النفط بين ليبيا وبعض الشركات الأجنبية. إذ ورد فى هذه الإتفاقات أن القانون الليبى هو الواجب التطبيق. وأن هذا القانون الأخير، لا ينطبق إلا بالقدر، وفى الحدود، الذى يتمشّى فيه، أو يتلائم مع المبادئ العامة.

وهذا هو ما أطلق عليه جانب من الفقه "Le systéme à double étage" واستناداً إلى هذا الشرط، طبق المحكم فى النزاع بين شركة

---

(١) وهى أحد مكونات قانون التجارة الدولية التى تنطبق على عقود التجارة الدولية بهذا الوصف.

(٢) وقد التجأت المحكمة الدائمة للعدل الدولية الى المبادئ العامة للقانون المشتركة بين الأمم المتمدينة فى المسئولية. فأقرت مبدأ التعويض الكامل عن الضرر. وعلاقة السببية بين الفعل غير المشروع والضرر، ومبدأ فوائد التأخير.

(الدكتور مصطفى سلامة - القانون الدولى العام - المرجع السابق ص ٢١٤ - ٢١٥).

Iiamco (١) الأمريكية، وحكومة ليبيا، مبادئ القانون الدّولى بدلاً من الاستناد إلى قانون دولة معينة.

كما استبعد المحكّم فى حكمه الصادر بتاريخ ١٩ فبراير ١٩٧٧ (٢) تطبيق القانون الليبى فى النزاع بين الحكومة الليبية وشركة Tecaco Calasiaic بحجة أنه يتعارض مع مبادئ القانون الدولى ولا يتلائم معها، وأضافت المحكمة سبباً آخر لاستبعاد التشريع الليبى، هو حماية الشركات الأجنبية من التعديلات التشريعية فى القوانين الداخلية التى تؤدى إلى الإخلال بتوازن العقد.

كما تنص العقود المبرمة بين الجزائر وشركة Getty Petrolium على تطبيق قانون دولة الجزائر وبصورة تكميلية إعمال المبادئ العامة للقانون.

١٨٥- والواقع أن المبادئ العامة للقانون التى أقرتها الدول المتمدنة تعتبر مصدراً للقانون الدولى العام (م ٣٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية) بل إن هذه الأحكام الأخيرة اعتبرت أن المبادئ العامة للقانون هى بذاتها المبادئ العامة فى القانون الدولى.

وهذه المبادئ تطبق علي المنازعات الدولية، كما تطبق كذلك على المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولى (٣). مثل عقود القرض المبرمة بين البنك الدّولى للإنشاء والتعمير، ومواطنى الدول المضيفة.

إلا أنه ينبغى التفرقة بين الحالتّين من حيث مجال التطبيق :

---

(1) I.L. 1981, Vol. 20 P. 187.

(2) Jean Flavin - LALIVE : Un grand arbitrage petrolier entre un Gouverment et deux sociétés priveés étrangèrs, Clunet 1977 , PP. 337 et s.

(٣) راجع الدكتور مفيد شهاب : فى المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولى، المجلة المصرية للقانون الدولى المجلد ٢٣ سنة ١٩٦٧ ، ص ٤ ومابعدها.

ففى الحالة الأولى، تطبق المبادئ المشار إليها، بوصفها مصدراً أصلياً أو رئيسياً للقانون الدولى العام، يقوم القاضى بتطبيقها، بحيث تلى فى الترتيب المعاهدات والعرف الدّوليّ.

فى حين أنها تطبق فى الحالة الثانية بوصفها فكرة مستقلة عن الأنظمة الوطنية المختلفة المأخوذة منها، وهى فى ذات الوقت تشكل مصدراً من المصادر التى يستقى منها قانون التجارة الدّوليّة أحكامه، وهى تنطبق فى هذه الحالة، رغم وجود قواعد تشريعية واجبة التطبيق، متى كانت هذه القواعد التشريعية لا تلائم حكم النزاع أو كان يشوبها القصور أو النقص أو تحتاج إلى الإيضاح، وهى قواعد موضوعية أو مادية تنطبق مباشرة على المنازعة الخاصة الدّوليّة دون ثمة حاجة إلى وساطة قاعدة التنازع (١).

الشروط المركبة:

١٨٥ مكرر- حيث يتم اختيار المبادئ العامة مع قواعد نظام قانونى لدولة معينة (٢)

فى هذه الحالة، تأخذ المبادئ العامة الطابع الاحتياطى بالنسبة للقانون الوطنى.

وهذا هو الحال بالنسبة للمبادئ العامة فى نص المادة ١/٤٢ من اتفاقية B.I.R.O سنة ١٩٦٥ حيث اعتبرت وظيفتها احتياطية "Subsidiare".

---

(١) ماسبق ، رقم ١٦٦ . وماسبق رقم ١٨٤ .

(2) Pommier .: op.cit. P. 308.309.

وكذلك ما ذهبت إليه دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر من C.I.R.D.I فى ١٩٨٣/٥/١٢، من أن المحكّم لا يستطيع الرجوع إلى المبادئ العامة. إلا بعد البحث عن مضمون قانون الدّولة الطرف فى النزاع.

وهذا أيضاً هو الشأن فى نصّ المادة الخامسة من عقد الاستثمار، المبرم ١٩٧٤/١/٢ وهى تنص على أن «الاتفاق يكون محكوماً بقانون جمهورية كنغو يُكمله عند الاقتضاء المبادئ العامة».

المطلب الثانى
مبادئ العدالة والإنصاف
Amiable Composition
Ou Arbitrage en equite

١٨٦- نعرض فى هذا الصدد لمضمون فكرة العدالة، ونطاقها، وتطبيقاتها فى إطار قضاء التحكيم، ثمَّ نبين أن المحكم رغم إعماله قاعدة العدالة يتقيد بنصوص النظام العام، أو قوانين البوليس، كما أن التحكيم بالصلح لايتجَرد من طابعه القضائى، الذى يتعين فى إطاره مراعاة حقوق الدفاع.

مضمون فكرة العدالة ونطاقها :

١٨٧- عند تخلف الشروط التى تحدد سلطات المحكَم، فإنه يتعين عليه أن يقضى فى النزاع على «أساس احترام القانون» (١). ولهذا لايجوز لهيئة التحكيم الفصل فى النزاع وفقاً لمبادئ العدالة والانصاف، أى كحكم غير مقيد بقواعد القانون إلا إذا أجاز ذلك الطرفان صراحة. وهذا هو التحكيم بالصلح(٢).

فإذا ثار الشك فى تحقق الإرادة الصريحة فى اختيار التحكيم

(1) Sentence 10 Juin 1955, Rev. Crit. 1956. P. 279. "Defaut de clauses diffinisant les pouvoirs de l'arbitre, nécessité pour l'arbitre de statuer sur le base du respect du droit".

(٢) والقاعدة فى الشريعة الإسلامية أن التحكيم بالصلح هو الأساس أو الأصل، والتحكيم بالقانون إستثناء. وذلك إستناداً الى أن الشريعة هى القانون الطبيعى الذى يعتبر مصدراً أساسياً للعدالة والإنصاف.

بالصلح، يجرى التحكيم طبقاً للقانون.

وكانت قواعد لجنة الأمم المتحدة السابقة تجيز التحكيم استناداً إلى العدالة بشرط أن يجيزه القانون الواجب التطبيق، ولكن القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى الحالى أغفل هذا الشرط. ومع ذلك، فإنه يجب الاعتداد بالشرط المشار إليه بغير نص. ذلك أن القانون الواجب التطبيق على النزاع قد لايجيز التحكم بالصلح، كما هو الحال فى القانون الإنجليزى الذى لايعرف إلا التحكيم بمقتضى القانون (١) فهناك نظم قانونية لاتسمح بالتحكيم بالصلح.

وقد استلزمت هذا الشرط المادة ٢/٧ من معاهدة جنيف سنة ١٩٦١ التى أوضحت.

"Les arbitres statueron en amiable compositeurs si telle est la volonté des partiies et si la loi regissant L'aritrage le permet"

ولما كانت العدالة لايوجد اتفاق على تحديد مضمونها، وكان كل محكم ينظر إليها بمعيار مختلف، ولهذا فإن بعض الفقه (٢) يصف هذا النمط من التحكيم بأنه «يحل النزاع أكثر مما يحسمه» ويغلب روح المصلحة على روح النزاع لأن المحكم وفقاً لمبادئ العدالة قد يستند إلى معيار شخصى، أو ذاتى ينهض على قواعد ليس معترفاً بها بصفة

---

(١) فلا يعرف القانون الانجليزى التحكيم على غير مقتضى القانون، فقد خلا هذا التشريع من نص يجيز للخصوم الإتفاق على إعفاء الحكم من التقيد بقواعد القانون. ويفسر هذا الفقه الموقف السلبى بأنه رغبة من المشرع في التزام المحكم بقواعد القانون (الدكتور محسن شفيق فى *التحكيم التجارى الدولى*، ١٩٧٣-١٩٧٤، ص ١١٢).

(٢) الدكتور عبد الحميد الأحدب : *محاضرات القاهرة عن المشكلات الأساسية فى التحكيم الدولى من منظور متطور*، من ٧ الى ١٢ يناير ١٩٨٩، ص١٨.

عامة يمكن أن تكون من صنعه(١) أما المحكّم طبقاً للقانون، فيستند إلى نصوص محدّدة لامجال للخروج عنها.

ويعرف جانب من الفقه (٢) العدالة بأنها تحقق العدل فى حالة خاصة بتطبيقه على واقعة معينة، أو حالة فردية ليكون الحكّم المستمد منه مطابقاً لظروفها الخاصة.

فإذا انتهى المحكم بالصلح إلى صحة العقد، فإن إرادته- لا إرادة القانون- هى التى تحسم النزاع(٣)، ونرى أنه فى هذه الحدود التى يستند فيها الحكم إلى فكرة العدالة المجردة تتحقق فقط فكرة العقد دون قانون يحكمه(٤).

والعدالة تختلف عن العدل. فالأولى تتعلق بظروف كل حالة على حدة أما العدل، فهو يرتبط بالقانون، ولايراعى الظروف المختلفة (٥).

وتُخوِّل المادة ٣/٤٢ من إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول المتعاقدة ومواطنى الدولة الأخرى المتعاقدة، لهيئة تحكيم المركز سلطة الفصل فى المنازعات طبقاً لقواعد العدالة، وحسب مقتضيات الحالة (٦) ، أو إذا وجدت أي غموض فى القوانين الممكن تطبيقها على

---

(1) Loquin. L'amiable composition, op. cit, P. 335.

(٢) الدكتور سليمان مرقص، المدخل ، الطبعة الرابعة ، ١٩٦١، ١٩٨٢.

(3) FOUCHARD : L'arbitrage com., op cit., P. 405.

(٤) مايلى رقم ١٨٤ .

(٥) الدكتو أحمد عشوش قانون العقد بين ثبات اليقين وإعتبارات العدالة، ١٩٨٤، ص ١٢٢ .

(٦) الدكتور جلال محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولى لفض منازعات الإستثمار. ندوة المركز الدولى للتحكيم التجارى بالاسكندرية، ١٩٩١، ص ٨٧ .

النزاع، أو كانت هذه القواعد متضاربة (١).

وبداهة يجب أن يكون هناك إتفاق صريح بين الأطراف على ذلك.

ولما كان المحكّم الدولى فى إطار التفويض بالصلح ليس ملزماً بتطبيق أى قانون وطنى، فله أن يؤسس قراره فى النزاع على عادات وأعراف التجارة الدولية وعلى المبادئ العامة للقانون.

ومع ذلك، فإن من أهم الأسس والإعتبارات الجوهرية التى يقوم عليها التحكيم بالصلح، هو إستكمال النقص فى شأن المسائل التى أغفلها قانون التجارة الدولية، أو لم يتصد لها بالحلول.

ونرى أنه لامانع من أن يستند المحكم بالصلح إلى القانون ذاته، متى كان ذلك يدعم حكمه. ذلك أن التحكيم بالصلح، وإن أعفى المحكم من تطبيق القانون، فإنه لم يمنعه من ذلك (٢).

فمهمة المحكم بالصلح لاتمنعه من تطبيق القانون وهذا هو ماقضت به محكمة إستئناف باريس فى ١٥ مارس سنة ١٩٨٤ من أن المحكم

---

(١) الدكتور أحمد شرف الدين، فى مضمون بنود التحكيم وصياغتها فى العقود الدولية. ندوة المركز الدولى للتحكيم التجارى بالاسكندرية ١٩٩١ص ٤٦

(٢) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى ٣٠ نوفمبر ١٩٦١ بأنه إذا كان الطرفان قد حددا فى مشارطة التحكيم موضوع النزاع بينهما بشأن تنفيذ عقد مقاولة، ونصا على تحكيم المحكم لحسم النزاع، وحدداً مأموريته بمعاينة الأعمال التى قام بها المقاول لمعرفة مدى مطابقتها للمواصفات والأصول الفنية من عدمه وتقدير قيمة الصحيح من الأعمال، كما نصا فى المشارطة على تفويض المحكم بالحكم والصلح. وكان ذلك التفويض بصفة عامة، لاتخصيص فيها، فإن المحكم إذا أصدر الحكم فى الخلاف، وحدد فى منطوقه مايستحق المقاول من الأعمال التى تم بها جميعها حتى تاريخ الحكم بمبلغ معين، فإنه لايكون قد خرج عن حدود ولايته وقضى بما لم يطلبه الخصوم

(مجموعة المكتب الفنى- الدائرة المدنية السنة (١٢) ص ٧٣).

بالصلح يمكنه الفصل وفقاً للقانون بالمعنى الدقيق(١).

وللمحكم أن يثير من تلقاء نفسه الأسباب القانونية البحتة يؤيد هذا النظر، ما أوردته المادتان ٩، ١٦٤٠ من قانون المرافعات الفرنسية الجديدة فى إطار التحكيم بالصلح من أنه «يفرض على كل طرف أن يثبت طبقاً للقانون الوقائع الضرورية المؤيدة لدفاعه» ومؤدى ذلك أن تطبيق القانون لا يتنافى مع التحكيم بالصلح.

وعلى المحكّم حين يستوحى مبادئ العدالة، أن يصدر فى اجتهاده عن اعتبارات موضوعية عامة، لا عن تفكير ذاتى خاص، بمعنى أنه يجب ألا يتأثر فى حكمه بأفكاره الذاتية.

وذهـــب Berdin إلى أبعد من ذلك مقرراً أن كل محكّم بالقانون يعتبر مفوضاً فى التحكيم بالصلح، ولو فى صورة مستترة وكل محكم بالصلح يعتبر مفوضاً فى التحكيم بالقانون ، وهو يمارس مهمته عن طريق مزج القانون بالعدالة(٢)

١٨٨- وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٩٠(٣) بأن «محكمة الإستئناف المرفوع أمامها الطعن بالبطلان، تستطيع أن تحكم بابطلان الجزئى، ذلك أن التحكيم بالصلح المسند إلى المحكمين، لا يجعل النزاع غير قابل لانقسام، إذ أن المحكمة فى نطاق مهمتها طبقاً للمادة ١٤٨٥ من قانون المرافعات إنما تبحث عن الحل الأكثر عدالة لتسوية الصعوبة القائمة».

---

(١) الدكتور محمد نور عبد الهادى شحاتة. النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين ص ٤٠٢ دار النهضة العربية.

(2) Bredin, l'amiable composition et le contrat. Rev. arb P. 271.

(3) Rev. arb. 1991. P. 654.

تطبيقات فكرة العدالة فى التحكيم:

١٨٩- وتطبيقاً لمبادئ العدالة، يجوز للمحكم تعديل ما ينص على القانون من حلول، بشرط أن يقتصر هذا التعديل على مسائل القانون التى يجوز للأطراف النزول عنها أو الصلح فيها(١). أى التى لا تتعلق بالنظام العام (٢).

وإستناداً إلى هذا المبدأ، يجوز للمحكم إستبعاد فكرة التقادم فى موضوع البيع الدولى للمنقولات المادية رغم توافر شروطه، لأن الحكم بمقتضى التقادم قد يمس العدالة فى النزاع.

كما يجوز له استبعاد نص القانون المتعلق بتحديد سعر الفائدة القانوني(٣).

ويجوز له تعديل أثر القوة القاهرة فى الإعفاء من المسئولية، أو توزيع مخاطرها.

كما يجوز أيضاً الحكم بالمقاصة حيث لا تتوافر شروطها. ويجوز له كذلك تقدير التعويض على غير الأسس والعناصر المنصوص عليها فى القانون(٤).

وقد تقتضى العدالة. بأنه لا ضرورة للإعذار لاستحقاق التعويض

---

(١) والتحكيم بالصلح لايقبل التجزئة، إلا إذا تبين من عبارات العقد أو الظروف أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة عن بعضها ويكون الموضوع غير قابل للتجزئة إذا كان لايحتمل غير حل واحد.

(٢) ولايتعلق التضامن بين الموقعين على الكمبيالة بالنظام العام فيجوز الاتفاق على استبعاده.

(٣) الدكتور محمد نور عبد الهادى شحاتة. المرجع السابق ص ٤٠٣ .

(٤) الدكتور محسن شفيق فى التحكيم التجارى الدولى المرجع السابق ص ١٧٠ .

عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه.

وفى مجال نقل التكنولوچيا، ذهب قضاء التحكيم إلى أن المخاطر التى يتعرض لها المستثمر الأجنبى فى الدولة المضيفة تعد من قبيل الظروف الطارئة، مما يجب معه إعادة تقييم العقد، وتعديل المسئولية تأسيساً على مبادئ العدالة.(١).

كما يجوز لهيئة التحكيم استناداً إلي مبادئ العدالة النص فى الحكم على التضامن بين المحكوم عليهم فى الأحوال التى لا يوجبها القانون.

وقدتعتد هيئات التحكيم بالقوة القاهرة فى النزاع رغم توافر شروطها القانونية استناداً إلى مبادئ العدالة.

وقد يستبعد المحكّم الشرط الجزائي أو انقاصه رغم توافر شروط انطباقه طبقاً للقانون متى كان هذا الاستبعاد يحقق العدالة، وله كذلك أن يخفف من آثار الشروط التعاقدية مثل الشرط الفاسخ الفورى متى كان لا يتمشى مع العدالة(٢).

وكون المحكم مفوضاً بالصلح لا يحول دون سلطته فى تكملة ثغرات العقد. وهذه الفكرة مستوحاه من الفقه الإيطإلى(٣).

ويمكن أن يجد التحكيم بالصلح مجالاً للتدخل فى عادات التجارة متى كان تطبيقها فى الدعوى يبدو أنه غير عادل.

(١) الدكتور يوسف الأكيابى فى النظام القانونى لعقود نقل التكنولوچيا فى مجال القانون الدولى الخاص سنة ١٩٨٩ ص ٢٠٥ .

(٢) حكم محكمة التحكيم لدى غرفة التجاة الدولية فى القضية رقم ٤٩٧٢ لسنة ١٩٥٨ Clunet, 1989, P. 1101.

(٣) الدكتور محمد نور عبد الهادى النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين دراسة مقارنة ص ٤٢٣، ٤٢٥ راجع مايلى رقم ٢١٤ .

وللمحكم بالانصاف أن يغير من نظام تقديم الأدلة والمستندات، وأن يقبل هذه المستندات بعد الآجال(١).

ويملك المحكم في نطاق تحكيم العدالة أن يُعمل في النزاع عادات لم ترق بعد الي مرتبة العرف الملزم (٢)

وجوب التقيد بقواعد النظام العام أو قوانين البوليس:

١٩٠- ولا يجوز لمحكم عند الحكم، وفقاً لمبادئ العدالة، إستبعاد نصوص النظام العام أو قوانين البولس والأمن المدنى. هذه لا يجوز المساس بها، أو الاتفاق على ما يخالفها. ومن هذا القبيل، المسائل المتعلقة بالفوائد، والرقابة على النقد والصرف، والقوانين الجمركية، وقوانين المنافسة، فمثل هذه القوانين يستحيل تفاديها أو التحرر منها متى كانت تنطبق على العلاقة أو تشكل جزءاً منها، وكذلك القيود الآمرة التى تضعها التشريعات الخاصة بشأن نقل التكنولوچيا، والمعرفة الفنية منحيث الإستخدام والحجم أو البحث والتطوير. ذلك أن التحكيم وإن كان عنصراً مخففاً لتنازع القوانين إلا أنه لا يعد سبباً لاختفائه تماماً فى علاقات التجارة الدولية، إذ أن هذه القواعد يرتبط بها الأطراف شاءوا أو لم يشاءوا، فهذه تعد من القواعد ذات التطبيق الفورى التى ترتبط بتنظيم الدولة L'organisaion étatique

التحكيم استناداً إلى العدالة لا يتجرد من طابعه القضائى:

١٩١- والتحكيم استناداً إلى مبادئ العدالة لا يتجرد من طابعه

(١) الدكتور الحبيب مالوش، المرجع السابق، ص١١ .

(٢) بخلاف التحكيم بالقانون، فلا يملك المحكم إلا إعمال الاعراف ذات القوة الملزمة Pommies - op cit p 293

القضائي، إذ يتعين على المحكم بالصلح مراعاة القواعد الإجرائية المتعلقة بHحترام حقوق الدفاع. وتمكين الأطراف من إبداء دفاعهم ودفوعهم فى إطار مبدأ المواجهة بين الخصوم، وبوجه عام الالتزام بالضمانات الأساسية للتقاضى، وإلا تعرض حكمه للبطلان، والمحكم بالصلح هنا يستوى تماماً فى أداء مهمته مع المحكم بالقانون arbitre de dorit كما يجب عليه بيان الأسباب التى اقتنع بها أو استند إليها فى تكوين عقيدته فى الحكم بموجب مبادئ العدالة. بمعنى أنه يجب أن يكون قراره مسبباً(١) وعلى الأخص إذا كان تنفيذه فى بلد يتطلب ذلك.

ومن ناحية أخرى، فإن تفويض المحكمين بالصلح يحتاج إلى توكيل خاص ولكن لا يترتب عليه تحررهم من اتباع قواعد الإجراءات التي اتفق الأطراف على خضوع التحكيم لها.

ولا يترتب على إعمال قواعد العدالة تعديل العقد ذاته بالإضافة أو الاستبعاد. ومع ذلك نرى أن المحكم بالصلح يتمتع بسلطة تقديرية مرنة- أسوة بالحكم بالقانون، فله أن يعدل فى الثمن بإنقاصه متى تراءى له إن انخفاض أو تدهور سعر العملة نتيجة لتغير الظروف قد أخل بمبدأ توازن الأداء وله سلطة تنظيم الوفاء التعاقدى، ولا يترتب على ذلك أى جزاء(٢).

١٩٢- وقد نصت المادة ١٤٨٢ من قانون المرافعات الفرنسية الجديدة أن قرار المحكم المفوض بالصلح لايقبل الاستئناف، ومع ذلك فإن اتفاق

---

(1) notion Par Fouchard J. ct,m Dr. international Fasc. 585. i ou Procédure civile Fas. 1050. no 26. P. 8.

(٢) بعد أن أكدت محكمة النقض الفرنسية فى أحكامها العديدة رفض الاعتراض بمسخ العقد بمعرفة المحكم.

Jean Rebert .. op. cit. P. 277.278. note.

الأطراف على اعتبار حكم المحكمين غير قابل لأى طعن، لا يستدل منه أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى اعتباره بمثابة تحكيم بالصلح، لأن مثل هذا الاتفاق لا يرمى إلا إلى مجرد سرعة حسم النزاع بحكم واحد.

١٩٣- وقد تنبهت كثير من تشريعات الدول إلى الدور الذى تؤديه قواعد العدالة فى توجبه القاضى متى أعوزه نص تشريعى، فجعلته يستلهم الحلّ من المثل الأعلى للعدل، أى من القانون الطبيعى(١).

التحكيم بالصلح والتوفيق:

١٩٣م- وغنى عن البيان أن التحكيم بالصلح، يختلف عن التوفيق، فهذا الأخير يعتبر تسوية ودّية لا تحوز التوصية الصادرة فى شأنها قوة الأمر المقضى، بل يكون معلقاً نفاذها على قبول أطرافها، وهو فى بعض أنظمة التحكيم- كغرفة التجارة الدولية - يعتبر إجراءاً إدارياً لا قضائياً (٢).

أما التحكيم بالصلح فإنه يعتبر حكماً بالمعنى الصحيح، ويكون قابلاً للتنفيذ الجبرى عن طريق القضاء فى الدولة المختصة.

---

(١) الدكتور توفيق حسن فرج المدخل فى المدخل العلوم القانونية ط٢ سنة ١٩٧٦ ص ١٠٩ .

(٢) د. اسماعيل علم الدين. منصة التحكيم التجارى الدولى حـ(١) سنة ١٩٨٦ ص ١٢٩،١٢٨ .

المطلب الثالث
العقود النموذجية ومدى سلامة فكرة العقد دون قانون

١٩٤- قد يقوم المحكم بفض منازعات التجارة الدولية من واقع القواعد التى تضمنها العقد، كما هو الحال فى العقود النموذجية(١)، التى يتحدد على ضوئها حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة.

ولما كانت هذه العقود لا ترتبط فيما تقرره من شروط وقواعد بقانون دولة معينة أو بمعاهدة ما، مما يثور معه التساؤل عن مدى القوة الملزمة لهذا التنظيم السائد فى مجال التجارة الدولية.

وقد اتجه جانب من الفقه(٢)، إلى أن عقود الاستثمار يمكن أن تخضع لهذا النظام الذى يستمد مصدره من العقد ذاته، ومن إرادة أطرافه، دون ثمة حاجة إلى الرجوع إلى نظام قانونى معين، بمعنى أن هذه العقود تخضع لفكرة العقد دون قانون يحكمه.

وقد استهدف هذا الاتجاه للنقد ذلك. أن الإرادة الحرة التى تعتبر الأصل فى موضوع التصرفات ليست إلا نتيجة مبادئ حددها المشرع، ووضع لها ضوابطها. كما يتجاهل أن الإرادة الفردية لا تنتج آثارها إلا إذا اعترف بها القانون، وأضفى عليها قوتها الملزمة. وأنه لا يوجد فى إطار التصرف القانونى نظرية للقوانين الملزمة، وأخرى للإرادة

---

(١) ما سبق رقم ٢٦ .

(2) WENGLER "W. : Immunité législative des Contrats multinationaux, Rev. Crit., 1971, P. 637.

الحرة، بل يوجد نظرية واحدة تتمثل فى تنظيم الإرادة فى حدود القانون.

ومن ناحية أخرى، فإن الإرادة وحدها لا تستطيع أن تحيط بكافة وقائع العقد وجوانبه وتوقعات الأطراف. ومن ثم فإن هذه العقود لا يمكن أن تستقيم على «فراغ قانونى» ولهذا ذهب بعض الفقه (١) إلى أن فكرة العقد دون قانون تعتبر «سراباً» أو «خيالاً» "trompte l'oeil" وأنه يجب نبذ هذه النظرية.

واستناداً إلى ذلك، استبعدت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية(٢) فى إطار عقود الاستثمار والتنمية فكرة العقد دون قانون النزاع بين شركتى نفط كاليفورنيا الآسيوية وشركة تكساكو وبين الحكومة الليبية، وطبقت المبادئ العامة فى القانون الدولى.

كما تم استبعاد هذه الفكرة فى نزاع Aramco (٣) الذى أكد ضرورة إسناد العقد إلى قانون يحكمه، وإن الإرادة وحدها لاتقوى على إنشاء روابط ملزمة إلا إذا اعترف لها القانون بذلك.

ولهذ يتجه الفقه الغالب(٤) إلى أن عقود الاستثمار والتنمية- وبوجه عام عقود التجارة الدولية- ترتبط بنظام قانونى له كيانه الخاص، يستمد مكوناته من المبادئ العامة والعقد وعادات وأعراف التجارة الدولية.

والواقع أن خضوع العقد إلى نظام قانونى معين يحكمه، يعد

(1) WEIL : Problémes relatifs aux contrats passés entre Etats et un prticulier, op. cit., P. 177.

(2) Clunet, 1977, No. 2, PP. 360-389.

(3) International Law Reports, Vol. 27-1963, P. 165 , Rev. Crit. 1963. P. 272.

(4) LALIVE : Un récent arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangéres, Clunet, 1977, P. 319.

تأميناً للعلاقة الدولية، بحيث يكفل لها الاستقرار ويسبغ عليها الحماية القانونية.ولا يلزم أن يكون هذا النظام القانوني وطنياً أي صادراً من دولة معينة إعمالاً للمبدأ الذي أرسته محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها التي أيدها الفقه الفرنسي، بل يكفي أن يكون هذا النظام صادراً من أي كيان آخر لا يصدق عليه هذا الوصف.

فالاتجاه الحديث يميل في بعض الأحيان نحو خلق تنظيم موحد ينطبق مباشرة على العقد الدولي في بعض المسائل الخاصة التي تتضمن عنصراً أجنبياً، مثل المعاهدات الدولية وقد أدى هذا التنظيم إلى ظهور قواعد عرفية جرى المتعاملون على إتباعها، وهي عادات وأعراف التجارة الدولية دون ثمة حاجة إلى الالتجاء إلى القواعد السائدة في دولة معينة. بل أن هناك اتجاهاً حديثاً على نحو ما سبق بيانه- يؤكد إمكان خضوع العقد الدولي لنظام قانوني مستخلص من الدراسة المقارنة لمختلف النظم القانونية، وهو ما درج الفقه على تسميته بالمبادئ العامة السائدة في الأمم المتمدنية(١).

وعلى ذلك فإن هذه العقود النموذجية، وإن كانت تتحرر من فكرة إسنادها إلى نظام قانوني وطني، فإنه يتم إسنادها إلى نظام قانوني غير وطني هو القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، سواء كانت تجد مصدرها في المبادئ القانونية المشتركة للأمم المتمدنية، أو أعراف وعادات التجارة الدولية. ومن ثم فهي تتمشى مع الرأي الراجح في الفقه والقضاء هو ضرورة إسناد العقد الدولي إلى قواعد التجارة الدولية التي تشكل نظاماً قانونياً له صفة الإلزام.

(١) دكتور منير عبد المجيد في تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، ص ٥٤ .

وفى هذا يشير Derains أن أعراف وعادات التجارة الدولية، تعتبر بمثابة نظام قانونى مختص يمكن أن يسند إليه العقد أسوة بإسناده إلى نظام قانونى وطنى سواء بسواء (١).

١٩٥- ويـــرى Martin Wolf أن عقد النقل البحرى يمكن اعتباره منتمياً إلى وسط يشكل ارتباطاً موضوعياً بالنظام الإنجليزى، حتى بالنسبة لمصالح الغير وأصحاب البنوك. وقد تأكد ذلك مراراً بالنسبة للعقود النموذجية التى تتضمن شرط التحكيم فى انجلترا(٢).

١٩٥م- وفى حالة اختيار قانون غير وطنى، فإن القانون الوطنى يمكن أن يعود إلى الظهور، إما بسبب تحديده من خلال شرط تحكيم مركب أو بسبب قصور القانون غير الوطنى أو خلوه من حل للنزاع.

---

(1) DERAINS : Le statut des usages .., op.cit.., PP. 122-131.

(2) Cité par : COHN'E : The objective practice on the proper law of contrats. The International and Comparative Law Quarterly, 1957, PP., 373 et s.

المبحث الثالث
مدى قابلية النزاع للتحكيم الدولى

تمهيد وتقسيم:

١٩٦- نعرض فى هذا الصدد لبحث مسألة قابلية المنازعات للتحكيم فى إطار قانون مكان التنفيذ والقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، ومسألة قابلية المنازعات للتحكيم فى إطار القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى. وأخيراً مدى قابلية العقود الإدارية فى قانون التحكيم المصرى الجديد للتسوية بطريق التحكيم.

ونقسم هذا المبحث ثلاثة مطالب:

الأول: قابلية المنازعات للتحكيم فى إطار قانون مكان التنفيذ والقانون الذى يحكم إتفاق التحكيم(١).

الثانى: قابلية المنازعات للتحكيم فى إطار القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى.

الثالث: العقود الإدارية فى قانون التحكيم المصرى ومدى قابليتها للتسوية بطريق التحكيم.

١- ذلك أن «قابلية النزاع للتحكيم بحسب طبيعته يثور فى مرحلتين، الأولى عند النظر فى مدى صحة إتفاق التحكيم وقبل صدور حكم التحكيم، وثانيهما بعد صدور حكم التحكيم، وبمناسبة تنفيذه»

المطلب الأول

قابلية المنازعات للتحكيم فى إطار قانون مكان التنفيذ والقانون الذى يحكم اتفاق التحكيم

تمهيد:

١٩٦ م- لما كانت مسألة قابلية المنازعات لتسويتها بطريق التحكيم تظهر أهميتها فى إطار القانون المدنى بحكم إتفاق التحكيم وقانون مكان تنفيذ حكم التحكيم. كان لزاماً بيان الاتجاه فى القوانين الداخلية نحو التضييق من مبدأ القابلية للتحكيم، والرجوع إلى قواعد تنازع القوانين لتحديد المسائل التى تكون قابلة للتحكيم، وأخيراً بيان مدى ارتباط عدم قابلية النزاع للتحكيم بمسألة عدم قابلية التصرف فى الحقوق.

١٩٧- الاتجاه فى القوانين الداخلية نحو التضييق من نطاق مبدأ قابلية المنازعات لتسويتها بطريق التحكيم

فى نطاق المسائل التى تلقى اختصاصاً مانعاً أو قاصراً أمام قضاء التحكيم مثل : الحالة وأهلية الأشخاص التى تمس التنظيم الاجتماعى، فإن تطبيق قوانين البوليس التى ترتبط بهذه المسائل فى مجال مصالح التجارة الدولية، يجب استبعادها أمام قضاء التحكيم وهو قضاء خاص.

وإذا ما استبعدنا هذه المسائل، فإن هناك ثلاث مراحل فى القضاء الفرنسى بشأن قابلية النزاع للتحكيم تمس النظام العام.

المرحلة الأولى:

كل نزاع يتعلق بإتفاق أو عملية تخضع من بعض الوجوه إلي تنظيم يشكل طابع النظام العام، يستبعد على إطلاقه من النظام العام وأن مجرد خضوع النزاع للمحكمين بحيث يمس النظام العام،وعلى الأخص فإن تطبيق قانون بوليس يكون من آثاره بطلان إتفاق التحكيم وهو ما يجعل المحكم غير مختص.

المرحلة الثانية:

بطلان اتفاق التحكيم لا ينتج من أن النزاع يمس النظام العام- ولكن فقط بسبب أن النظام العام قد خولف بمعرفة إتفاق التحكيم، أن المساس بالنظام العام يكمن فى موضوع النزاع الخاضع للمحكمين بواسطة إتفاق التحكيم بمعنى أن يتحقق فى النزاع السبب الأساسى أو الرئيسى المباشر والفعال فى المخالفة(١).

فإذا كانت المنازعة تتطلب انطباق أو إدخال نص من النظام العام. إن مخالفة النظام العام تكون تبعية "accessoire" وفى الغالب تكون لاحقة "posterieure"

ويرى "Robert" أن إتفاق التحكيم يكون باطلاً بشرطين: موضوع إتفاق التحكيم- وليس العقد الأصلى- ينصب من ناحية على مسألة متعلقة بالنظام العام، ومن ناحية أخرى، فإن اتفاق التحكيم يمس مباشرة النظام العام(٢).

---

(١) راجع مايلى رقم ٢٠٩ مكرر.
Pommier .., op. cit., p. 324. n° 318.

(2) Robert. J.L'arbitrage. dr. int et, dr international.

ويمكن للمحكم أن يقضى فى مخالفة النصوص الآمرة أو قوانين البوليس بواسطة محل النزاع أو موضوعة فى إطار مسألة القابلية للتحكيم، ويجب عليه أن يحكم بعدم اختصاصه متى كانت مخالفة النظام العام ثابتة أو محققة.

المرحلة الثالثة:

قررت محكمة النقض فى قضية "Impex" (١) بمناسبة عقد دولى، أنه لا يمكن أن تتحقق أية عقبة فى إتفاق التحكيم، استناداً إلى أن القواعدالتى تنطبق على النزاع لحسمه تشكل طابع النظام العام، وأن تطبق قوانين البوليس أو أخذها فى الاعتبار، لا يمكن رفضها بمعرفة المحكم الذى يبقى مختصاً بمقتضى إتفاق التحكيم الذى حكم القضاء القديم ببطلانه(٢).

الرجوع إلى قاعدة تنازع القوانين لتحديد المسائل التى لا تقبل التسوية بطريق التحكيم:

١٩٨- إن الرجوع إلى طريقة تنازع القوانين يكون ضروريا لتحديد المسائل التى لا تكون قابلة للتحكيم، والتى تمس على الأخص النظام العام أو التي تنتمى إلى قوانين البوليس ولا يمكن تطبيقها بهذا الوصف.

وفى خصوص قابلية النزاع للتحكيم، فإن المسألة يتم حلها بقاعدتين من قواعد التنازع.

(1) Pommier .. op., cit. P. 327.

(٢) وفى هذا الحكم ذهبت محكمة النقض الفرنسية. الدائرة المدنية فى ١٨ مايو سنة ١٩٧١ من أن بطلان العقود الأصليةلايؤثر على سلامة شرط التحكيم الذى يبقى صحيحاً ويتمتع باستقلال قانونى كامل عن العقود الأصلية.

Rev. crit 1972 P. 124 note MEZGER.

فمن ناحية، فإن قابلية النزاع للتحكيم يعتبر شرطاً لصحة إتفاق التحكيم. فيجب على المحكم أن يتحقق من صحة إتفاق التحكيم الذى يستمد منه سلطانه على ضوء القانون الذى يحكمه.

ومن ناحية أخرى، فإن القابلية للتحكيم تعتبر أيضاً شرطاً للإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم فى قوانين الأماكن المحتمل إجراء التنفيذ فيها.

وأيضاً فى قانون مقر التحكيم المعتبر (١) بمثابة قانون القاضى(٢).

وإن التطبيق الجامع لقانونين أو أكثر فى هذا الصدد، يؤدى غالباً إلى الأخذ بالقانون التى تعتبر نصوصه فى شأن القابلية للتحكيم أكثر قيوداً.

١٩٩- ومع ذلك فإن المشرع السويسرى فى المادة ١/١٧٧ من القانون الدولى الخاص السويسرى لحل مشكلة القابلية للتحكيم، استبعد الحل المستند إلى قاعدة التنازع أى الإسناد إلى القانون المطبق "قانون مقر الأطراف أو قانون القاضى"، وأختار قاعدة مادية فى القانون الدولى الخاص، ترتكز على محل النزاع بمقتضاها إمكان خضوع كل نزاع من طبيعة مالية أو كل مصلحة تقدر بالمال للتحكيم.

وقد قصد بذلك استبعاد جميع الصعوبات التى ترتبط بالتنازع، وعلى الأخص ضرورة البحث عن القانون الواجب فى شأن تحديد مدى قابلية النزاع للتحكيم. وعلى ذلك فإن المشرع السويسرى اختار

---

(1) Sentence. C.C.I. no 4604 clunet 1985 note derains.

(٢) وهذا هو الحال فى اتفاقية سنة ١٩٢٧ واتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨ .

معيار القابلية للتحكيم على أساس طبيعة النزاع(١) وليس على أساس القانون الذى يحكمه، دون أن يعتد بالقيود والموانع فى القانون الأجنبى التى تتعلق بقابلية النزاع للتحكيم.

ولكن الرأي السائد فى الفقه السويسرى، أن محكمة التحكيم الكائنة فى سويسرا لا تكون مختصة بالفصل فى النزاع المالى متى كانت مسألة القابلية للتحكيم لا تتلاءم مع النظام العام(٢).

٢٠٠- ومتى كان من المقرر أن فكرة النظام العام تمتد إلى ما قضى به حكم التحكيم من حيث المضمون. وذلك عندما يقضى هذا الحكم فى مسألة مما لا يجوز التحكيم فيها. وعلى الأخص طبقاً لقانون مكان التنفيذ، إلا أن ما يجوز التحكيم فيه وما لا يجوز أمر يتعلق بالنظام العام فى بلد القاضى المطلوب منه الاعتراف والتنفيذ. وهذا هو ما اتجهت إليه معاهدة نيويورك التى لم تضع قاعدة موحدة للدول التى أنضمت إليها تحدد فيها المسائل التى لا يجوز التحكيم فيها، وتلك التى لا يجوز فيها التحكيم، تاركة ذلك إلى قانون الدولة المراد إجراء التنفيذ فيها(٣).

وهذا هو الحال فى إتفاقية جنيف سنة ١٩٢٣ الخاصة بتنفيذ أحكام

---

(١) ولهذا. فإن الرأى يتجه الى أن النصوص المتعلقة بالاختصاص القاصر لاعلاقة لها بموضوع القابلية للتحكيم.

(2) Rev., arb. P. 693.

(٣) ونشير فى هذا الخصوص الى مايترتب على ذلك من صعوبة- وعلى سبيل المثال، التحكيم فى القانون الإيطالى الذى يبتعد عن النصوص الجامدة بقيودها الشديدة الواردة فى قانون المرافعات المدنية الإيطالية ولايستند الا إلى الارادة المشتركة للأطراف. وأن حكم التحكيم ليس له سوى مجرد القيمة القانونية للعقد.

ولهذا، فإن المحكمة الفيدرالية الألمانية تقرر أن مثل هذا الحكم لايمكن الأعتراف به أو تنفيذه فى الخارج فى إطار معاهدة نيورك فى حين أن محكمة النقض الايطالية لها إتجاه مخالف.

التحكيم الأجنبية، وكذلك إتفاقية جنيف سنة ١٩٦١ .

وبوجه عام يملك قاضى كل دولة أن يُجرى التكييفات الضرورية طبقاً لقانونه الخاص(١).

فإذا كان تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى يتم فى مصر، فإنه يتعين رفض تنفيذه متى أنصب على مسألة مما لا يجوز الصلح فيها، أو كانت متعلقة بالحالة أو الأهلية أو الأحوال الشخصية(٢)، كما تستبعد من مجال التحكيم المسائل الجنائية(٣) والقرارات الإدارية(٤). وتلك المتعلقة بالضرائب(٥) والمسائل المتعلقة بالعمل

---

(1) Goldman . J. cl de dr. international Fasc 585-2 Procedure civile Fasc. 105. 5 n°133.

مثلا صحة أو بطلان زواج – وتنص المادة ٢٠٦٠ من قانون المرافعات الفرنسى على إسبتعاد الحالة، والأهلية، والطلاق، والتطليق والبنوة والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار، وتصحيح النسب، والغيبة والتبنى والمواريث والوصايا والانفصال الجسمانى، أما المسائل المالية التى تترتب على الأحوال الشخصية مثل التعويض عن فسخ عقد الخطبة، أو عقد زواج باطل، أو تحديد مقدار النفقة أو تقسيم التركة بين الورثة، فهذه يجوز الصلح فيها، أو النزول عنها.

(٢) وقد حكمت محكمة جورجيا فى ١٨ يناير سنة ١٩٨٠ بتنفيذ شق من حكم التحكيم الذى يفرض على الطرف خاسر الدعوى علاوة على مبلغ الدين وفوائده، نسبة ٥٪ كغرامة تهديدية، فقد أعتبرت المحكمة أن هذه النسبة تمثل عقوبة جزائية مخالفة لقوانين الولايات المتحدة «مشار اليها فى الدكتور عصام الدين القصبى فى النفاذ الدولى لأحكام التحكيم سنة ١٩٩٣ ص ١١٣ هامش رقم ٢١٨) ومن الأمور المخالفة للنظام العام، الاتفاقات المتعلقة بالوساطة للحصول على ربح أو منفعة، أو إعتماد لدى بنك، مقابل عمولة Journal de dr. int. 1984. P.914 أما التعويض عن المنافسة غير المشروعة، أو عن تقليد علامة تجارية أو التعويض المستحق للمجنى عليه فى حادث. أى عن الافعال الضارة المترتبة على الجريمة، فهذه يجوز أن تكون محلاً للتحكيم.

(٣) مايلى رقم ٢٠٩ .

(٤) ما يلى رقم ١٩٨ .

(٥) ويتجه الفقه الفرنسى الى أنه طبقاً لنص المادة ١/٥١١ من قانون العمل المعدلة بالقانون الصادر فى ٦ مايو سنة ١٩٨٢ يصح للأطراف الخضوع للتحكيم بطريق المشارطة اللاحقة على انتهاء عقد العمل بشأن الحقوق المتنازع عليها المترتبة على الانتهاء، ولايتدخل النظام العام فى هذه الحالة وعلى العكس، فإنه بالنسبة=

والرقابة على النقد، ومسائل الإفلاس(١) والمسائل المتعلقة بحماية المستهلك أو ترتبط بقوانين التسعير الجبرى(٢)، وكذلك تستبعد

=للنزاع الناشئ خلال سريان العلاقة. سواء فى شأن قيمة الأجر، أو الاجازة المدفوعة، فإنه يتعين القول. بأن عدم المساواة بين مراكز الأطراف وتبعية العامل لرب العمل، تبرر اللجوء الى حماية القضاء لاستقرار الحقوق، وأستناداً الى فكرة حماية العامل. وهنا يتدخل النظام العام للإحتجاج على مشارطة التحكيم وعدم قابلية هذه الحقوق للتسوية بطريق التحكيم أثناء قيام العلاقة.

Jean. Robert. les conflits individuels du travail ét l'arbitrage, Rev, arb. 1982. P. 1962 et spec. P. 175.

وفى إيطاليا ، فإن المنازعات المتعلقة بعقد العمل، حتى ولو كانت دولية تستبعد من نطاق التحكيم مع رفض تطبيق قواني ن البوليس فى هذا المجال Pommier .. op. cit. P. 330 note (5)

وقد قضت محكمة استئناف باريس فى حكم حديث نسبياً بتاريخ ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٩٣ بصحة إتفاق التحكيم المدرج فى عقد عمل فردى دولى، ذلك أن العامل- أسوة بالتاجر يستطيع أن يجد مصلحته فى تطبيق نظام تحكيم يسمح له بالإسهام فى تحديد محكمين يكونون أجدر من محاكم الدولة التى لا تعرف قاضياً بنفس ثقافة المحكم القانونية.

وقدتأكد صحة شرط التحكم فى موضوع عقد العمل بمعرفة الحكومة الفرنسية بموجب كتابها المؤرخ ١٧ نوفمبر سنة ١٩٨٩والموجه إلى سكرتير عام الأمم المتحدة. بمقتضاه ثم هجر التحفظ الخاص "بالتجارية" عند تصديق فرنسا على إتفاقية نيويورك، وكذلك طبقاً للمادة ١/٢ من الإتفاقية، فإن فرنسا قد ارتبطت بها دون تحفظ، للاعتراف بالاتفاق المكتوب الذى يلتزم الأطراف بمقتضاه بخضوع جميع المنازعات كلها أو بعضها، التى قد تنشأ بينهم بالنسبة لعلاقة قانونية محددة.

وكانت صحة شرط التحكيم فى عقد العمل الدولى محل شك، فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٨٥ حكماً، خلصت منه إلى بطلان شرط التحكيم الذى كان خاضعاً للقانون الفرنسى (١).

وقد طبق التحكيم ذت الحل، وانتهى إلى عدم اختصاصه، وهذا يخالف حكم محكمة Grenoble التى قررت أن دولية العقد تفلت من محظورات القانون الداخلى. واستندت المحكمة إلى تخلى فرنسا عن تحفظ التجارية الذى صاحب التصديق على اتفاقية نيويورك، وذلك بهدف تناسق اتجاهات تشريعه مع استقلال شرط التحكيم.

Cour d'appel d'orleans. d'orleans. 19, Fevr. 1967. Cité par Motulsky. Etudes et notes sur l'arbitrage P. 78. Rev . arb. 1994.P 337 ets.

١ - ولكن التحكيم يكون صحيحاً إذا كان النزاع ناشئاً عن عقد لا علاقة له بحالة الافلاس.

(٢) الدكتور فوزى محمد سامى التحكيم الدولى سنة ١٩٩٢ ص ١٣٠ .

المسائل المتعلقة بسيادة الدولة التى تقتضيها المصلحة العامة مثل التأميم والأموال العامة ونزاع الملكية للمنفعة العامة والمصادرة(١).

وكذلك لا يجوز اللجوء إلى التحكيم فى مسائل الطعن بعدم دستورية النصوص التشريعية، فالفصل فيها للمحكمة الدستورية العليا وحدها

وهذا هو الحال أيضاً بالنسبة للمعاهدات.

وهناك مسائل لا يجوز تسويتهاعن طريق التحكيم فى العلاقات الداخلية، ومع ذلك يصحّ أن تكون محلاً للتحكيم فى العلاقات الدولية، ومن هذا القبيل ما قضت به المحكمة العليا الأمريكية من أن قاعدة عدم جواز نظر الدعوى المتعلقة بمكافحة الاحتكار بطريق التحكيم، يقتصر نطاقها على المنازعات الداخلية، ولكنه يجوز الفصل فيها بطريق التحكيم فى المنازعات الدولية (٢).

٢٠٠ م – وتنص المادة ٢٠٩ من القانون المدنى الفرنسى على أن «كل

(١) وهذه الإجراءات وإن كانت تستمد مشروعيتها مما تقتضيه المصلحة العام والسيادة فى الدولة المضيفة، إلا أنها لاتحول دون استحقاق مبدأ التعويض الملائم عن نزع ملكية الأجانب، الذى تلتزم به الدولة المضيفة، ويبقى هذا التعويض خاضعاً لقضاء التحكيم تقدره على ضوء الظروف المتعلقة بالحالة المالية للدولة، والمزايا التى عادت عليها، ويستمد مبدأ استحقاق التعويض من المبادئ العامة للقانون الدولى المعترف بها.

(الدكتور أحمد شرف الدين دراسات فى التحكيم فى منازعات العقود الدولية ص ٥٤ حتى ص ٥٧ والأحكام المشار اليها فى هوامش الصفحات المذكورة).

وعلى ذلك، فإن هذا التعويض يخضع للتحكيم فى مصرحتى ولو كان ناشئاً عن قرار ادارى غير مشروع.

(٢) المستشار أحمد منير فهمى-دراسة موجزة فى التحكيم التجارى الدولى ص ٣٥ .

شخص يستطيع اللجوء إلى التحكيم فى الحقوق التى يتمتع فيها بحرية التصرف».

وهذا النص يتعلق بالمنازعات التى لا تقبل الخضوع للتحكيم، وليس بأهلية إبرام عقد التحكيم (١).

فهناك بعض الحقوق لا يجوز التصرف فيها، وتقتضى طبيعتها أو أهميتها الحماية من قضاء الدولة مثل الحق فى الحرية الفردية والزواج والتبنى، وكذلك النزاع المتعلق بمدة عقد العمل المأجور مدى الحياه أو الوعد بعدم الزواج فهذه مسائل لا يمكناً تكون محلاً للتحكيم أياً كانت نصوص القانون المطبق عليها من حيث الموضوع وإتفاق التحكيم.

وعدم قابلية هذه الحقوق للتحكيم بسبب عدم جواز التصرف droits indisponibles تستبعد من الخضوع للتحكيم دون ثمة حاجة إلى الإشارة إلى النظام العام sans referer à l'ordre public .

ومع ذلك فإن عدم قابلية هذه الحقوق للتحكيم لا تستند فقط إلى

---

(١) "droit indisponible Pour titulaire" Goldman. J.cl. dr internotional. Fasc. 586. 2Procedure civile. Fasc. 1056. P. 14 no 65.

الا اذا كان النزاع يدخل فى الاختصاص القاصر لقضاء الدولة بمقتضى نص أمر فى القانون

"l'article 5 de concordat par une régle materille en matièlle en matière d'arbirtabilé"

واتجه رأى الى أن الأهلية الازمة للتحكيم هى أهلية التعاقد la capacité de contracter وهى تتعلق بإبرام العقود الضرورية لممارسة النشاط التجارى، وهى تخضع للقانون الشخصى.

Goldman. I. cl. op . cit. n°49.

النظام العام الدولى للقاضى.

"l'ordre public international du For"

ولكن أيضاً إلى نظام عام دولى حقيقى يُفرض على المحكم أسوة بقاضى الدولة (١).

وإذا كانت المسألة المتنازع عليها غير مشروعة، بما يؤدى الأمر إلى بطلانها، فإنها تعتبر تماماً كما لو كانت مخالفة النظام العام (٢).

ولا يمكن لقضاء التحكيم أن يفصل فى المنازعات المتعلقة بالتنفيذ المباشر أو غير المباشر بشأن عقد ينصب على بضائع مفروض عليها ضريبة، إستناداً إلى أن النصوص الخاصة بالضريبة تتعلق بالنظام العام، سواء بشأن تطبيقها أو تفسيرها (٣).

وتؤدى عدم ملاءمة موضوع النزاع ذاته مع النظام العام إلى عدم قابليته للتحكيم(٤) كما إذا كان مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية القطعية الثبوت والدلالة فى مصر.

ومن المستقر عليه أنه لا يجوز التحكيم فى الدعاوي العينية

(1) Goldman. J. cl. dr international. Fase. 586. 3 Procedure Civile. 1058 n°49.

(2) Goldman. J. cl. p cit. n° 48.

(3) Goldman. J. C.I op cit. n° 48.

(4) Goldman. J. C.I op cit. n° 58.

العقارية، لأنها تخضع لقانون موقع المال مما تحتص بها محاكم الدول وحدها(١).

كما لا يجوز التحكيم فى شأن مسألة اكتساب الجنسية، لأن «الجنسية فرع من السيادة»(٢) وهى روابط القانون العام، وإن كان يجوز التحكيم فى طلب التعويض عن قرار إدارى مخالف للقانون فى شأن الجنسية.

٢٠١- وطبقاً للقانون الفرنسى، فإن قابلية المنازعات المتعلقة بحقوق البراءة Brevet للتحكيم، لا تستبعد إلا فى الحالات التى يكون فيها موضوع النزاع متعلقاً بالنظام العام طبقاً للاتجاهات الحديثة التي استخلصها القضاء.

والمعيار المتبّع بمعرفة محاكم التحكيم، بصرف النظر عن القانون الفرنسى هو أنه إذا كانت البراءة أو بصفة عامة المستند الخاص بالملكية. ويعتبر الإتفاق على التحكيم فى شأن الجرائم التى ترفع الدعوى الجنائية فيها بناء على طلب أو إذن أو شكوى نزولاً عن الحق فى تحريك الدعوى الجنائية الصناعية لم يسجل أو لم يتّم تسليمه بمعرفة الحكومة أو السلطة الفرنسية المختصة، فإن هذا القانون لا يتدخل.

ويلاحظ ما جرى عليه قضاء محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة

---

(١) وهذه القاعدة أكدتها بعض المعاهدات إذا تنص المادة (٢٦) من اتفاقية التعاون القضائى بين جمهورية مصر العربية ودولة البحرين من أنه «تعتبر محاكم الدولة التى يوجد بها موقع العقار مختصة بالفصل فى الحقوق العينية المتعلقة بها».

(٢) نقض ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر حـ(١) ص ٧٧٩ .

الدولية من التفرقة بين المنازعات المتعلقة بوجود أو صحة مستند الملكية الصناعية، وهذه المنازعات لا يجوز التحكيم فى شأنها وبين المنازعات المتعلقة بحقوق البراءة أو المسئولية التعاقدية الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات، وهذه يجوزأ تخضع للتحكيم(١).

وقد قضى بتطبيق الصلح الواقى من الإفلاس المبرم بين مقاطعات سويسرا، وهو ماينطبق على أى شخص أياً كان موطنه أو مركزه الرئيسى أو جنسيته متى كان يخضع لتحكيم محدد فى أحدى المقاطعات، إذا كان التحكيم يجرى فى چنيف.

وأقرت محكمة التحكيم قابلية النزاع المتعلق بالبطلان الناشئ عن عقد ترخيص علامة تخضع للقانون الإيطالى، موضحة أن النزاع بين الشركة الإيطالية والشركة الأمريكية ينصب على حقوق قابلة للتصرف (٢).

كما حكمت محكمة باريس ى ٢١ يونيه سنة ١٩٦١ بأن التشريع قد جاء خالياً من أى نص مانع يتعلق بالنظام العام يحول بين الأطراف وبين اللجوء إلى التحكيم فى منازعات الحقوق الخاصة بالعلامات(٣).

ويجب أن يفسّر النظام العام فى شأن عدم قابلية النزاع للتحكيم تفسيراً ضيقاً، عندما يتم تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى في مكان التنفيذ متى كان لا يمّس موضوع العدالة بصورة أو بأخرى.

وقد يكون إنشاء العلاقة مخالفاً للنظام العام فى مقر التحكيم من

---

(1) Goldman. I. C. I opcit n°- 83-84
(2) Clunet 1985. P. 975 et s. note Y. D.
(3) Rev . arb. 1963. P. 17.

حيث المضمون، كما هو الحال بالنسبة لبطلان شرط الذهب فى مصر حتى فى المعاملات الدولية، ولكن إذا نشأت هذه العلاقة علي أى نحو ما، وصدر بشأنها حكم تحكيم فى مصر يعترف بصحتها، فقد لا يعتبر هذا الحكم متعارضاً مع النظام العام فى دولة التنفيذ (مثل فرنسا التى أجازت فى بعض أحكامها صحة شرط الذهب فى المعاملات الدولية).

٢.٢-أن نسبة الغّش إلى أحد الأطراف فى مواجهة الطرف الآخر المتعاقد معه لا يكون من شأنه فى حد ذاته، استبعاد اختصاص التحكيم، لأن المسألة لا تتّصل بروابط وثيقة كافية بالنظام العام لحظر التحكيم(١).

ويلاحظ أن القواعد القانونية المتعلقة بضمان العيوب الخفية، ليس لها بصفة عامة طابع النظام العام، كما أن الاشتراطات التى تتضمنها العقرد النموذجية الناشئة عن عادات التجارة ليس لها كذلك هذا الطابع(٢).

ومع ذلك فهناك مبدأ مقرر فى القانون المقارن أن البائع لا يصح أن يستفيد من الغش الصادر منه، وبالتالى لا يمكن أن يفلت من آثاره. فكتمان بائع المحل التجارى أمر الحكم بغلقه يعتبر تدليساً معيباً للرضا.

٢.٣- ومن ناحية أخرى يجب ألا نغفل أن مدى قابلية النزاع للتحكيم، يجب أن يخضع أيضاً للقانون الذى يحكم إتفاق التحكيم،

---

(1) Cour d'Appef de Paris, 29 Mars 1991, Arb. 1991, PP. 478 et s.

(2) Note Laurence iDot. sous Cour d'Appel dé Paris 29 Mars 1991 précité, P. 485, No. 17.

Cour d'Appel de Paris 25 Mars 1990. Rev. Arb. 1991, PP. 129 et s.

باعتبار أن قابلية النزاع للتحكيم يعد شرطاً من شروط صحة إتفاق التحكيم، ويقصد بالقانون الذى يحكم إتفاق التحكيم ذلك النظام القانونى الذى يركز فيه الأطراف إتفاق التحكيم.

وإذا كان القانون الواجب التطبيق يجيز التحكيم فى موضوع النزاع ولا يجيزه قانون مكان التحكيم لتعلق المخالفة فيه بالنظام العام، وجب على المحكم أن يعتبر إتفاق التحكيم عديم الآثر.

٢٠٤- وهناك مسائل يرى فيها مشرع بلد التنفيذ أنها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمصالح عامة(١)، لا يجوز ترك أمرها لنظم الأفراد، مما يتعين معه استبعادها من مجال التحكيم.

وعلى ذلك لا يجوز أن تكون إجراءات تنفيذ حكم المحكمين محلاً لخصومة تحكيم، لأن هذه المسألة من اختصاص السلطة المختصة فى بلد التنفيذ(٢)، وكذلك الحال بالنسبة لمسائل التنفيذ الجبرى التى خص بها المشرع قاضى التنفيذاختصاصاً متعلقاً بالنظام العام أو صلاحية القضاه وردهم.

٢٠٤ م- لما كان التّقادم يقوم على أساس اعتبارات عامة تتصل بالصالح العام، إذ تستند إلى ضرورة اجتماعية تجعله ألزم يكون لنظام المجتمع، واعتبارات الأمن والاستقرار الاجتماعى، ومن ثّم كانت الأحكام المتعلقة بوجود التقادم تتعلق بالنظام العام، ولهذا لا يجوز التحكيم فى شأنها.

---

(١) الدكتور چورج حزبون. *النظام القانونى للتحكيم الاجنبى فى القانون الداخلى* مجلة الحقوق جامعة الكويت. السنة ١١، العدد (٤) ديسمبر سنة ١٩٨٧ ، ص ١٧٢ ، ١٧٣ .

(2) Note Derains sous *sentence 4604 en 1984* C.C. clunet 1985. P. 973.

ويعد متعارضاً مع النظام العام في مصر القانون الأجنبى الذى يجعل للتقادم مدة أطول من تلك التى يعرفها القانون المصرى أو كون القانون الأجنبى يجهل تماماً فكرة تقادم الحقوق.

أما الأحكام الخاصة بالإستفادة من التقادم، فلا تتعلق بالنظام العام(١).

٢٠٥- ويرى جانب من الفقه أنه "لا محل للاستناد إلى النظام العام فى مسألة مدى قابلية بعض المسائل للتحكيم، وأن الأمر فى ذلك مرجعه أما إلى ضرورة منطقيه أو إلى إتجاه تشريعى أساسه اعتبارات الملاءمة التى يقدرها المشرع"، وأن وجود قواعد آمره لا يحول دون الاتفاق على التحكيم بما يترتب عليها من منازعات ما لم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى ٢١ يناير سنة ١٩٩٢ «بصحة الاتفاق على إنقاص مدة التقادم القانونية الخاصة بالدعاوى الناشئة عن عقد إيجار السفينة المنصوص عليها فى القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦ الصادر فى ١٨ يونية سنة ١٩٦٦»
(Rev. arb 1995 n°1 P. 57)

وبوجه عام، فإنه يجوز للأطراف فى عقد، متى كان لايمكن لهم إطالة مدة التقادم الناشئة عن العقد (لأن نظام التقادم يخضع لاعتبارات متعلقة بالنظام العام، فإنه على العكس، يجوز لهم التخفيض الاتفاقى لهذه المدة التى يمكن تبريرها بفكرة أن هذا الاتفاق أكثر صلاحية للمدين.

ومع ذلك، يلاحظ حالياً فى بعض النصوص، لاسيما تلك التى تتعلق بالمسئولية العقدية، فإن الرغبة فى حماية الدائن تكون أكبر اتساعاً وأكبر أهمية من موقف الصلاحية الذى يميز القانون المدنى التقليدى. وهذه الرغبة ادت الى حظر الشروط التى تخفض مدة التقادم فى بعض الحالات (مثل التأمين والأئتمان الاستهلاكى).

وانه يمكن الاعتقاد الآن، بأن صحة هذه الشروط ليست مبدأ عاماً، ولكنها تتوقف على ما إذا كانت هذه الحقوق الممنوحة للدائن، والتى ترتبط بالتقادم تنتج أو لاتنتج من نصوص نظام عام.

Note Pacal . Ancel sous cass. civ. 21 Janv. 1992. Rev. arb. P. 57 et s.

ترتبط بمسألة من المسائل التى لا تقبل التحكيم(١).

وإذا ما أضيف إلى ذلك ، أن المادة ٢/٥ أ من معاهدة نيويورك عالجت حالة عدم قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم، ومن ثمَّ فإن القول بشمول النظام العام لهذه الحالة يُفضى بنا إلى تكرار تشريعى لا مبرر له (٢).

---

(١) الكتور مصطفى الجمال والدكتور عكاشة عبد العال. التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية سنة ١٩٩٨ ص ١٦٩، ١٧٠ .

٢- الدكتور عصام الدين القصبى. النفاذ الدولى لاحكام التحكيم سنة ١٩٩٣ ص ١٦

المطلب الثانى

قابلية المنازعات للتحكيم فى إطار القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى

٢٠٥م- طبقاً للمادة ٥/١ من القانون للتحكيم التجارى الدولى، لا يمس هذا القانون أى قانون وطنى يحظر نظر أو تسوية منازعات معينة أمام التحكيم، ويقصد بهذا النص وجوب عدم تعرض أحكام القانون النموذجى لقانون وطنى لدولة معينة، بحيث يكون هذا القانون الوطنى واجب التطبيق ومانع من تسوية النزاع بطريق التحكيم(١)، عندئذ يتعين على أعمال نصوص هذا القانون الوطنى المتعلق بالنظام العام واستبعاد أحكام القانون النموذجى.

٢٠٦- ويجب مراعاة أن القانون النموذجى، لا ينطبق إلا على التحكيم التجارى الدولى، وهو لا يمس أية معاهدة سارية ترتبط بها الدولة التى اعتنقته، سواء أكانت هذه المعاهدة مزدوجة أو متعددة الأطراف تخص قابلية المنازعات غير التجارية للتحكيم.

كما أن هذا القانون النموذجى للتحكيم التجارى لا يقف عقبة فى الدولة التى اعتنقته تحول دون التحكيم فى المسائل غير التجارية طبقاً لنصوص القوانين السارية فى تلك الدولة(٢).

---

(١) أو أن قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة لهذه الدولة.

I.C.I dr international Fasc. 586 3 Procedure civole - Fasc - 1058- P. 16,17, 72

(٢) وعلى سبيل المثال، فإن تحديد تعويض الفصل الخاص الصحفيين يشكل فى فرنسا إستثناءً قانونياً من طبيعة النظام العام فى عقد العمل، فطبقاً للمادة ٥/٦٧١ عمل فرنسى، فإن تعويض الفصل الخاص بالصحفيين عن خدمتهم التى تجاوز الخمسة=

ولكن القانون النموذجي يتعين إعماله في شأن المادة ٣٤ منه، المتعلقة بدعوى البطلان بوصفها الطريقة الوحيدة للطعن في حكم التحكيم ، ذلك أن حكم التحكيم يمكن إبطاله إذا وجدت المحكمة المختصة التي تحددها المادة السادسة من القانون النموذجي أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بطريق التحكيم طبقاً لقانون الدولة الحالي.

واستناداً إلى ذات السبب يجب رفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم (مادة ٣٦ من القانون النموذجي).

٢٠٧- وهذه النصوص لا تتعلق مباشرة إلا بقضاء الدول المرفوع أمامها دعوى البطلان أو الاعتراف أو تنفيذ الحكم، فهي لا تنطبق إلا إذا كان التحكيم محكوماً بالقانون النموذجي، في إقليم القاضي اللهم إلا إذا تعلق الأمر بالمادة ٣٦ من القانون النموذجي الخاصة بأحكام التحكيم الصادرة في الخارج التي يعمل القاضي في شأنها قانونه الخاص بوصفه يمثل المبادئ العامة التي تحكم نظامه القانوني، من حيث قابلية الأنزعة للتحكيم التجاري الدولي كما يعرفها القانون النموذجي.

أما بالنسبة لهيئة التحكيم، فليس له أن تشير إلى هذه النصوص طالما أنه لا يمكن أن يرفع إليها دعوى البطلان أو الاعتراف وتنفيذ الحكم، وهي مع ذلك يمكن أن تأخذ في اعتبارها فعالية حكم التحكيم بافتراض أن هذا الحكم سيكون محلاً لتلك الدعوى، أي دعوى البطلان

= عشر عاماً، يكون تحديده بطريقة ملزمة بمعرفة لجنة تحكيم مختلفة. ولجنة التحكيم المذكورة لها أيضاً سلطة الفصل في تحديد مدة الخدمة وطبيعة العمل أو جسامة الخطأ المحتمل لحرمان الصحفي من كل أو بعض تعويض الفصل، وهذه اللجنة لا اختصاص لها بالفصل في تعويضات بدل الانذار أو الاجازات المدفوعة.

أو التنفيذ فى بلد يعتد بالقانون النموذجى.

كما يجب علي هيئة التحكيم أيضاً أن تدخل فى تقديرها مجموعة القواعد والمبادئ التى يتكون منها قانون الدولة المذكورة بالنسبة لمسألة قابلية الأنزعة من الناحية الدولية للتحكيم، وأن تأخذ فى اعتبارها أيضاً المبادئ العامة للتحكيم الدولى التى تصحح قوانين الدول المطبقة.

٢.٨- ويلاحظ أن تنظيمات المراكز الدولية لا تتضمن نصوصاً تخص مدى قابلية الأنزعة التى تعرض عليها للتحكيم، إذ أن مثل هذه النصوص لا تدخل فى موضوع التحكيم أمامها (١).

---

(1) J. C. I op cit - n° 73.74. P. 17.

المطلب الثالث
العقود الإدارية فى القانون المصرى ومدى قابليتها للتسوية بطريق التحكيم

٢٠٩- نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه «مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية، تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقات القانونية التى يدور حولها النزاع، إذا كان التحكيم يجرى في مصر أو كان تحكيماً تجارياًدولياً يجرى فى الخارج واتفق الأطراف إلى إخضاعه لأحكام هذا القانون».

وقد ذهب البعض(١) إستناداً إلى هذا النص أن العقود الإدارية تخضع للتحكيم وأستند فى تدعيم رأيه إلى ما جاء بتقرير اللجنة المشتركة للشئون الدستورية والتشريعية على لسان المستشار وزير العدل، إنه إذا كان الفصل فى الأنزعة بين أشخاص القانون العام الحكومة وغيرها يكون للجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة. فإن هذا يمثل سلطات مجلس الدولة، ولا يتعرض لها وأن هذا الاتجّاه يُعد امتداداً لما ذهبت إليه الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة من جواز التحكيم فى العقود الإدارية، وكذلك إلى ما أشارت إليه المادة الثانية من طوائف معينة من العقود رأي فى بعضها أنها تعتبرعقوداً إدارية.

---

(١) الدكتور ناريمان عبد القادر - اتفاق التحكيم سنة ١٩٩٥ دار النهضة العربية ص ١٤٨،١٤٩، ١٥٠ .

ويرى الدكتور (١) أكثم الخولى أنه إذا كانت منازعات العقود الإدارية يجوز الصلح فيها، فإن قابليتها للتحكيم محل خلاف. وأن المادة ١٧٢ من الدستور المصرى يجعل مجلس الدولة الجهة القضائية المختصة بالمنازعات الإدارية. وأن المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة تسند بدورها الاختصاص بالمنازعات الناشئة عن العقو دالإدارية لمحاكمة وحدها.

ولكن هذا الرأى الأخير لم يلق قبولاً، ذلك أن هذه النصوص هى مجرد توزيع لاختصاص المحاكم، ولا شأن لها بمسألة القابلية للتحكيم، كما أن معاهدة نيويورك التى أنضمت إليها مصر قد استبعدت من فكرة عدم قابلية النزاع للتحكيم مسألة وجوب أن يكون نزاع التحكيم داخلاً فى الاختصاص القاصر أو الاستئثارى للمحاكم المصرية كما استبعدت أيضاً كل قيد مما قد تتبناه بعض النظم الداخلية على أهلية الأشخاص المعنوية فى اللجوء إلى التحكيم أو أن يكونوا أطرافاً فى إتفاق التحكيم، سواء فى الداخل أو فى الخارج (٢).

وعلى ذلك فإن مسألة الاختصاص القضائى المانع تعتبر منبتة الصلة بمسألة عدم قابلية النزاع للتحكيم، وأنه لا تلازم أو ارتباط بين الفكرتين، وإن العبرة هنا فى شأن مدى قابلية النزاع للتحكيم هى بطبيعة المسألة المعروضة فى حد ذاتها، ومتى كان الأمر كذلك وكان نص المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى الجديد، جاء صريحاً قاطعاً فى خضوع أشخاص القانون العام للتحكيم بشأن جميع المسائل التى تبرمها أياً كانت طبيعة النزاع الذى يدور حولها على نحو مطلق

---

(١) راجع ذلك معروضاً فى الدكتورة ناريمان عبد القادر المرجع السابق.

(٢) الدكتور سامية راشد – المرجع السابق ص ٤١٤ ، ٤١٨ .

ومن ثم يندرج فى إطار هذا النص العقود الإدارية، وبالتالى فلا محل بعد ذلك للقول بأن عقد الاختصاص لمجلس الدولة بنظر العقود الإدارية يحول بينها وبين تسويتها بطريق التحكيم وعلى الأخص أن العديد من العقود التى تبرمها الدولة مع أحد أشخاص القانون الخاص الأجنبية، وتقوم على النشاط التجارى أو الصناعى أو الزراعى بهدف تسيير مرفق عام قد تعتبر عقوداً إدارية دولية تمثل مجموعات عقود الانفتاح الاقتصادى المتعلقة بالاستثمارات الدولية وإستغلال الثروات القومية والموارد الطبيعية، كما هو الحال فى عقود التنقيب على البترول. وعقود الأشغال العمومية، وإذا كانت الدولة لا تستطيع أن تمارس أساليب القانون العام خارج نطاق إقليمها، فإنها تتمتع بسلطاتها الاستثنائية بالقدر وفى الحدود التى يمكن معه اعتبارها شروطاً تعاقدية، تنطلق من مبدأ المساواه بين الأطراف، حتى ولو كان يُطبق عليها قانون الدولة الطرف فى النزاع.

وقد حرص المشّرع على حسم هذه المسألة بإصداره القانون رقم ٩ لسنة١٩٩٧ الخاص بتعديل المادة الأولى من قانون التحكيم (١).

كل هذا بشرط أن يكون التحكيم خاضعاً لقانون التحكيم المصرى.

وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان التحكيم يجرى في مصر أو كان تجارياً دولياً، يجرى فى الخارج واتّفق أطرافه على الخضوع للقانون المصرى.

---

(١) فقد اصبحت تنص على أنه بالنسبة الى منازعات العقود الادارية. يكون الاتفاق علي التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولي إختصاصه بالنسبة للاشخاص الاعتبارية العامة. ولايجوز التفويض فى ذلك. ولاشك ان هذا النص يسرى على العقود الادارية سواء تعلقت بمنازعات ذات طابع دولى أم وطنى

أما إذا كان التحكيم يجرى فى الخارج ولا يخضع لقانون التحكيم المصرى، ومن ثَم يبقى اختصاص مجلس الدولة بالفصل فى النزاع قائماً.

وعدم موافقة الوزير المختصّ أو من يتولى اختصاصه يؤدى إلى بطلان اتفاق التحكيم بطلاناً نسبياً ذلك أن موافقة الوزير المختص اللاحقة تصحح البطلان.

ويجب على هيئة التحكيم أن تراعى عند الفصل فى النزاع شروط العقد والأعراف الجارية فى نوع المعاملة طبقاً لنص المادة ٣/٣٩ من قانون التحكيم.

المبحث الرابع

القانون الذى يحكم التفسير، وعملة الوفاء أمام قضاء التحكيم فى عقود التجارة

تمهيد:

٢٠٩م- وهنا يتم التساؤل عن القانون الذي يحكم تكييف عقود التجارة الدولية أمام هيئة التحكيم، أى عن إعطائها الوصف النّصّ الملائم لها تمهيداً لتحديد قاعدة الإسناد التى تنطبق عليها، وبيان القانون الذى يحكم تفسير هذه العقود، ومدى تطبيق تنازع القوانين على سلطات المحكم فى شأن عملة الوفاء وسلطة تكملة العقد.

القانون الذى يحكم تفسير عقود التجارة الدولية أمام قضاء التحكيم:

٢١٠- يتّجه قضاء التحكيم نحو اللجوء إلى الأسس العامة لتفسير العقود المستخلصة من النظم القانونية المشتركة للدول المتمدنية والمستقرة عالمياً.

وتقضى الحلول المستخلصة من هذه المبادئ العامة بوجوب إعمال مبدأ تفسير هذه العقود طبقاً للنية المشتركة للأطراف

٢١١- ويتمتع المحكمون بحرية واسعة فى تفسير المسائل الأولية اللازمة لحسم النزاع فى عقود التجارة الدولية، واستناداً إلى أنهم

يستمدّون سلطتهم بوجه من الأطراف، دون السلطة العامة، ومن ثمّ فإنهم يستطيعون على سبيل المثال تفسير المعاهدات المتعلقة بمصالح خاصة(١) دون ثمة حاجة إلى تفسيرها من الحكومة.

القانون الذى يحكم تكييف عقود التجارة الدولية أمام قضاء التحكيم:

٢١٢- إن حل المنازعات ذات الطابع الدولى يحتاج إلى إجراء تكييف قانونى تمهيداً لتطبيق قاعدة الإسناد التى تنطبق عليها، ما هو القانون الذى يحكم التكييف فى إطار التحكيم التجارى الدولى؟

وقد يتّجه الرأى إلى إخضاع تكييف العلاقة موضوع النزاع إلى قانون مكان إجراء التحكيم، على أساس أنه يعتبر بمثابة قانون القاضى بالنسبة للمحكم الدولى.

والواقع أن إخضاع التكييف لقانون هذه الدولة يؤدى إلى إختلاف مضمون الفكرة المسندة بإختلاف الدول التى تتم فيها إجراءات التحكيم، مما يستتبع إختلاف الحلول وعدم تنـ قها، فضلاً عن أن مقر التحكيم قد يتعذر تحديده من الناحية العملية، إذْ يمكن أن تنعقد جلسات الاستماع فى أكثر من دولة، ومن ناحية أخرى فإن المحكم ليس له قانون قاضى حتى يتم الرجوع إليه فى شأن التكييف على غرار القاضى الوطنى، ذلك أن الاتجاه الذى تضمنه الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٤١٣٢ لسنة ١٩٨٣ (٢) من محكَمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، الذى يشبه المحكم بقاضى الدولة، ويعتبر أن مكان

---

(1) Cass. Civ. 18 Nov. 1986, Clunet, 1986, P. 120 et s

(2) Obs. Y. D. sous senence rendue dans l'affaire No. 4434 en 1983- Clunet, 1983, P. 896.

التحكيم بمثابة قانون القاضى فى سبيل الزوال (en voie de disparition)

وقد يتّجه الرأى إلى إخضاع تكييف العلاقة للقانون الذى تشير قاعدة الإسناد باختصاصه.

ويؤخذ على هذا الاتّجاه، أن هناك حالات كثيرة لا تطبق فيها هيئات التحكيم القوانين غير الوطنية.ولا تعمل قواعد تنازع القوانين، وعلى سبيل المثال عندما يتم تطبيق قواعد التجارة الدولية تطبيقاً مباشراً.

وإزاء ذلك فإنه لا مناص فى هذا الشأن من الرجوع إلى المبادئ العامة المشتركة بين الدول (١)، مما يؤدى إلى وحدة الحلول (٢) أياً كانت الدولة التى تم بها إجراءات التحكيم. ويتم اللجوء إلى هذه المبادئ العامة لبيان ما إذا كانت العلاقة تدخل فى نطاق المسئولية التعاقدية أم المسئولية التقصيرية (٣) ولبيان ما إذا كانت الأهلية تندرج فى نطاق قانون العقد لارتباطها بوجود الإرادة أم أنها تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية التى يسرى فى شأنها قانون الجنسية(٤) أو قانون الموطن حسب الأحوال سواء تعلّق الأمر بشخص

(1) GOLDMAN : Les conflits de lois dans L'arbitrage international de droit privé. Recueil des cours, 1963, P. 415 et s.

(٢) وهذه المبادى تلبى حاجات التجارة الدولية. وتأتى كثمرة لدراسة مختلف القوانين، دون التقيد بقانون وطني معين، أو التكييف المعتمد لدى دولة بعينها.

(٣) ذلك أن معاهدة نيويورك لم تفرق بين المسائل المدنية والمسائل التجارية، سواء كان مصدر العلاقة عقد أو أى مصدر أخر (مثل الفعل الضار).

(٤) ويحكم أهلية الأداء العامة فى القانون المصرى من المداة (١١) التى تنص على أن «الحالة المدنية وللأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون اليها بجنسيتهم، ومع ذلك ، ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر، وترتب آثاره=

طبيعى أو اعتبارى.

وكذلك الحال لبيان ما إذاكان الشكل يخضع لقانون مكان الإبرام أم للقانون الذى يحكم الموضوع سواء كان الشكل لازماً للاثبات، أو للانعقاد.

كما يرجع إلى هذه المبادئ لبيان ما إذا كانت المسألة المطروحة إجرائية أو موضوعية.

٢١٣- وإذا اعتنق الأطراف قانوناً معيناً ليحكم علاقاتهم فى موضوع النزاع. فإن ذلك يسمح للمحكم باستعمال قواعد تنازع هذا القانون لإعمال نظم الإسناد التى لا تخضع لقانون الإرادة على سبيل المثال لإجراء التكييفات الضرورية (١) (اللاحقة).

مدى إمكان تطبيق منهج التنازع على سلطة المحكم فى شأن عملة الوفاء:

٢١٤- يتمتع المحكمون عند الفصل فى النزاع بسلطات تقديرية أوسع من تلك التى يملكها القاضى فى القانون الوطنى، وعلى الأخص

= فيها، وإذا كان أحد الطرفين أجنبياً أو ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف الآخر تبينه فان هذا السبب لايؤثر فى أهليته، وقانون الجنسية هو الذى يحدد ما اذا كان الشخص أهلاً للمارسة التجارة من عدمه ومع ذلك اتجه الفقه الى عدم ملاءمة ضابط الجنسية فى شأن المعاملات المتعلقة بالاوراق التجارية، وعلى الاخص عند كثرة عدد الملتزمين بالورقة ولهذا اتجه قانون جنيف الموحد فى شأن الأوراق التجارية الى أنه اذا كان الملتزم فى الورقة التجارية ناقص الاهلية، وفقاً لقانونه، وكان كامل الاهلية وفقاً لقانون الدولة التى نشأ فيها الالتزام الصرفى، وجب تطبيق هذا القانون الأخير الذى يصحح الالتزام بالورقة التجارية وأنه يجب تطبيق قانون الجنسية، أو قانون مكان الابرام أيهما أفضل لسلامة الورقة التجارية وصحة الالتزام بها بهدف حماية العلاقات التجارية الدولية. (الدكتور عكاشة عبد العال. الاتجاهات الحديثة فى مسألة تنازع الجنسيات سنة ١٩٩١ ص ٩٧ ومابعدها.

(1) Fouchard. l'arbitrage Commercial intern 1965. P. 363 n° 544.

فى شأن العملة التى يتعين أن يتم الوفاء على أساسها، أو فى مسائل إنخفاض قيمة تلك العملة فى المعاملات الدولية.

قد أكدت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية فى الدعوى رقم ٢٩٠٣ لسنة ١٩٧٣ (١) أن العملة المختارة بوصفها عملة الوفاء يجب الاعتداد بها فى الحكم. ومع ذلك فإنها قد وضعت فى ذات الوقت تفرقة بين الوفاء فى أوقات محددة فى حالة التنفيذ العادى الذى يجب أن يتم بالضرورة بعملة «الدولار» وبين الوفاء بمقابل نتيجة عدم تنفيذ الالتزام. ذلك أن تركيز الضرر الحاصل فى هذا القرض الأخير فى مكان معين، يُجيز للمحكم أن يقضى بالتعويض بعملة أجنبية بالنسبة مكان التحكيم.

وإذا كان هذا الحل هو المعمول به فى فرنسا، فإنه محلّ خلاف على النّطاق الدّولى، فالتحكيم الذى يتم فى انجلترا يوجب تحويل الدين المتفق على سداده بعملة أجنبية إلى العملة الانجليزية(٢).

ولا يجب مع ذلك أن نرى فى موقف المحكم أنه يفضل من حيث التطبيق قانوناً وطنياً على آخر أو عملة معينة على أخرى. ولكن ذلك يعد فقط نتيجة لما يتميز به من استقلال بوصفه محكّماً دولياً فى مواجهة كافة الدول بما فيها دولة مقر التحكيم (٣).

٢١٥- ويتجه المحكّمون بصفة عامة فى مسائل التجارة الدولية إلى أن قيمة العملة التى تمثل الالتزام بمبلغ معين، يجب أن تقدر بوقت استحقاقها "au Jour de leur échéance" وليس بوقت الوفاء الذى قد

---

(1) Clunet, 1974, PP. 903 et s., Note Y.D.

(2) Clunet,. 1974 P. 904, La note précitée.

(٣) مع ضرورة التقيد بالقوانين الخاصة بسعر الصرف فى مقر التحكيم التى تندرج تحت قوانين البوليس.

يكون متأخراً.

ويــــرى Edauard Lambert (١) أن هذه القاعدة تمشى مع القانون الدّولى المشترك.

ويرفض القضاء الإنجليزى أنْ يأخذ فى اعتباره هبوط العملة(٢). إلا إذا اشترط الأطراف هذا الضمان، استناداً إلى المدين لا يمكن أن يستفيد من تأخّره فى الوفاء بديونه، وأن مجرد فوائد التأخير لا تكفى لإصلاح الضرر الذى يلحق بالدائن.

ولاشك فى وجوب إعادة تقدير قيمة العملة يوم الحكم بسبب انخفاض قيمتها فى المعاملات الدولية نتيجة للظروف الطارئة، فقد اعتدت هيئة التحكيم (٣) بإعادة تقدير العملة الإسبانية "peseta" لتعويض المدّعى عن هبوط تلك العملة، رغم إنه لا يمكن تبريرها بإنهاء العقد من جانب المدعى عليه أو نسبة أى خطأ إليه، فى الوقت الذى يتحقق فى النزاع مبدأ القوة القاهرة.

سلطة تكملة العقد:

٢١٥م- وقد يحدث عند إبرام العقد الدولى أن الأطراف لا يستطيعون أن يضمنوا اتفاقهم كافة الاشتراطات المتعلقة بهم، فيعهدون إلى الغير بتكملة اتفاقهم. وهذا هو الحال على سبيل المثال عندما يغفل الأطراف الإيضاحات بشأن تحديد القيمة "Pour Fixer un prix" أو « المضمون الحقيقى للأداء ».

---

(1) "Une parére de jurisprudence comparative.

(2) "La dépréciation monétaire".

(3) Clunet 1974 P. 900. 981.

"Le Contenu exact de telle Prestation"

وغالباً ما يحدث ذلك فى العقود طويلة المدى "à longue durée" إثبات شرط الملاءمة "une clause d'adaptation" فيها فى حالة معينة، أو نتيجة تغير الظروف الاقتصادية خلال تنفيذه عندما تصبح الأداءات المتبادلة منطوية على إخلال خطير بالتوازن، وهذه المشقة hardship الناتجة عن القوة القاهرة أوعدم التوقع تستوجب إثارة مسألة مراجعة العقد بتدخل الغير الذى يعهد إليه بإعادة ملائمة شروط الاتفاق(١)، بسبب التغيرات الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية، وهذا الغير يعتبر بمثابة وكيل عن أطراف العقد،وليس محكماً(٢).

وهذا الغير يلتزم الأطراف بقراره، وإذ اختلف الأطراف فى شأن هذه التكملة، فإنه يمكن الرجوع إلى المحكم لإجرائها.

ولا نرى ثمة ما يمنع المحكم من تكملة ثغرات العقد، سواء أكانت هذه الثغرات أولية، أو طارئة، وعلى الأخص عند عدم الاتفاق على تكملتها.

وكلما اتّفق الأطراف على مبدأ تعديل العقد، فإن للمحكّمين تكييفه، وبالرجوع إلى النزاع الذى كان مطروحاً علي غرفة التجارة الدولية فى شأن ما نصّ عليه العقد من إمكان تعديل نظامه القانونى، وقد انحصر التعديل فى تحويل العقد من عقد امتياز بيع إلى عقد امتياز

(١) Oppetit. l'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances la clause de "Hardship" clunet. 1974. P. 794. Kahn. P.H. Force majeur et contrats internationaux de longue durée. clunet. 1975. P. 674.

(٢) ويجب عليه فى أداء هذه المهمة مراعاة قصد الأطراف ومايتفق مع مبدأ حسن النية فى المعاملات فى مسألة المشقة، سواء كانت شرطاً، أو خبرة فنية، أو فى شرط التحكيم ذاته.

بالإنتاج بهدف تحديد مضمون النظام الجديد، وقام المحكم بتكملة ثغرات العقد ثم أعقب ذلك بتكييفه(١).

ويجيز القانون الانجليزى(٢) لأطراف العقد، حق اللجوء إلى التحكيم لتكملة ثغرات العقد. بشرط أن يكون هناك نزاع يثير مسألة قانونية حول هذه الثغرات.

والاتجاه السائد فى المسائل الدولية لدى قضاء التحكيم، هو تحبيذ احتفاظ المحكم بسلطاته، إذ يُفضل ثبات العقود طويلة المدى لتحصين عمليات التجارة الدولية، ضد تغيُّر الظروف (٣).

هذا ويمكن لقضاء التحكيم فى حالة القوة القاهرة(٤) وقف العقود خلالها. وبعدها يعود العقد إلى النفاذ مرة ثانية. أو يكون محلاً لإعادة التفاوض سواء انتهى الأمر بتنفيذه أو فسخه.

وطبيعة عمل المحكم بالصلح، لا أثر لها على تكملة ثغرات العقد.

شرط الذهب:

٢١٦- وبالنسبة لشرط الوفاء الذهب، فقد أكد المشرع الفرنسى صحة شرط الذهب فى المعاملات الدولية بمقتضى القانون الصادر فى ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٨

---

(١) الدكتور محمد نور عبد الهادى. النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دراسة مقارنة ص٤١٨، ٤٥١ .

(٢) الدكتور محمد نور عبد الهادى. المرجع السابق ص ٤٢٤ .

(3) Paulssan. I. L'adaptation de contrat...Rev. arb. 1984 P. 249.

(٤) وهذه السلطة قد يتم الاتفاق على الرجوع فى شأنها الى الغير، لبيان ما اذا كانت الحالة المطروحة ينطبق عليها وصف القوة القاهرة. ومدى إمكان وقف العقد خلالها أو إعادة التفاوض فى شأنها، على نحو ماهو وارد فى المتن.

وقضى فى فرنسا بصحة الذهب فى المعاملات الدولية(١) فى حكم (Messagerie Maritimes).

وقد حاول جانب من الفقه الفرنسى(٢)، أن يقدم تبريراً لهذا المبدأ الذى تضمنه الحكم المشار إليه، بما خلص إليه من أنه يؤدى فى التشريع الداخلى إلى خلق نوع من «قانون الشعوب» Jus Jentium ، يقف إلى جانب القانون الواجب التطبيق على العلاقات الداخلية.

ومع ذلك فقد صدر فى نفس النزاع Messageries Maritimes حكمان آخران(٣)، يفيدان أن تطبيق نص القانون الفرنسى الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٢٨ ليس مطلقاً، إذ ذهبا إلى صحة شرط الذهب من خلال إستعمالهما منهج تنازع القوانين، وهذا هوما رددته المحكمة أيضاً فى حكمها الصادر فى فبراير ١٩٧٢(٤)، حيث أخضعت مسألة تحديد العملة محل الوفاء Monaie de compte إلى القانون الذى يحكم العقد.

وهذه الأحكام الثلاثة الأخيرة تشير إلى أن محكمة النقض لم تقم إطلاقاً بهجر منهج التنازع.

وقد رأى "Btiffol"(٥)، فى تعليقه على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٥ فبراير ١٩٧٢ ، إن مبدأ حرية الأطراف فى إعمال إشتراطاتهم النقدية عند إختيار النظام الذى يحكم عقدهم لا يمكن إعماله إلا من خلال اللجوء إلى منهج تنازع القوانين، بمعنى أنه

---

(1) Cass. 21 Juin 1950, Rev. Crit. 1950, Rev. Crit. 1950 60, Note Batiffol.

(2) Lerebours - Pigeonniére : A propos du contrat internationl, Clunet 1951, P. 4 et 5.

(3) Cass. 21 Jnv. 1956, P. 102; 20 oct; 1965, P. 637.

(4) Rev. Crit 1973, Note Batiffol.

(5) Note sous Cass. Civ. 15 Fév . 1972, Rev.Crit, 1973, P. 77.

لا يمكن إعمال هذا الاختيار إلا إذا كان العقد خاضعاً للقانون الفرنسى، أما إذا كان القانون الذى يحكم العقد أجنبياً، يحظر على الأطراف حرية اختيار العملة محل الوفاء، إلا من خلال الدفع بالنظام العام.

٢١٧- وفى مصر، استقرت محكمة النقض على بطلان شرط الذهب فى المعاملات الدولية والداخلية على حد سواء. ويأخذ نفس الحكم الوفاء بعملة أجنبية على أساس قيمتها ذهباً، أما الوفاء بعملة أجنبية دون الاعتداد بقيمتها ذهباً، فهو مشروع(١).

التعويضات النقدية فى إطار المجموعة الأوروبية الاقتصادية:

٢١٨- وقد أكد Robert(٢) فى مسائل التعويضات النقدية المعمول بها فى المجموعة الأوروبية الاقتصادية طابع النظام العام للقرار الوزارى المؤرخ فى ١٥ يونيه لسنة ١٩٨٢ . الذى ينظم على نحو آمر منح مبلغ التعويض ويُبطل حكم التحكيم الأجنبى الذى يمنحها طبقاً لاتفاق الأطراف.

وإذا كان النظام العام يظل دائماً نابعاً من نظام ف نى وطنى من حيث مصدره، فإن هذا لا يمنع من أن يكون مستوحى عند الاقتضاء من أهداف تعلو على النظم الوطنية. وإن يأخذ اتجاهاً دولياً بمقتضى مضمونه، ذلك أن تأمين العلاقات التجارية والمالية يتطلب الاعتراف بالنظام العام إن لم يكن عالمياً فهو على الأقل يكون مشتركاً بين عدة نظم قانونية لحماية مصالح الأشخاص الذين يسهمون فى الحياة

---

(١) نقض مدنى فى ٢٦ يولية ١٩٧٧، مجموعة احكام النقض، السنة (١٨) رقم ٢٦٩ ص ١٥٥٦ مابعدها.

(2) Robert. J. L'arbitrage..op. cit . P. 317 note 32.

الاقتصادية وشركات الأموال.

كما أن قواعد النظام العام المرتبطة بقانون العقد تفرض نفسها على المحكم فى الحدود، وبالقدر الذى لا تكون فيه مخالفة للنظام العام الدولى.

الفصل الخامس
فى حكم التحكيم

تمهيد وتقسيم:

٢١٨ م- يجب فى هذا الصدد أن نعرض للقواعد العامة المتعلّقة بحكم التحكيم لبيان مدى مشابهة هذا الحكم بالحكم الصادر من القضاء وذلك فى القانون النموذجي.

ولما كانت قد أبرمت عدّة معاهدات بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية(١)، ونكتفى هنا ببيان ضوابط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى مصر فى إطار معاهدة نيويورك سنة ١٩٥٨، واتفاقية جامعة الدول العربية سنة ١٩٥٢ التى انضمت إليها مصر. وأخيراً لدعوى بطلان حكم التحكيم فى القانون المصرى وترتيباً على ما تقدم، نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث على النحو الآتى:

المبحث الأول: القواعد العامة المتعلقة بحكم التحكيم في إطار

---

(١) فهناك معاهدات اخرى، بشأن تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية فى مصر، منها معاهدة جنيف فى ٢٦ سبتمبر ١٩٥٧، والمعاهدة الالمانية البلچيكية فى ٣٠ يونيو ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بالتنفيذ المتبادل لأحكام التحكيم فى المواد التجارية.

Claude Witz et Ralf charely, Schutza : La Reunification de l'Allemengne et ses consequences sur le droit d'arbitrage, Rev. Arb. 1991, PP. 600- 607.

(٢) هذا وقد انضمت مصر فى ١١ فبراير سنة ١٩٧٢ الى اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول المتعاقدة وموطنى الدول الاخرى- افراداً كانوا ام شركات خاصة - التى ابرمها البنك الدولى للانشاء والتعمير فى ١٨ مارس ,١٩٦٥ وتوجب هذه الاتفاقية على الدول المتعاقدة تنفيذ احكام التحكيم فى اقليمها، كما لو كانت احكاما نهائية وطنية صادرة من محاكمها.

القانون النموذجي للتحكيم التجارى الدولى.

المبحث الثانى: ضوابط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى مصر طبقاً لمعاهدة نيويورك.

المبحث الثالث: ضوابط حكم التحكيم الأجنبى فى مصر طبقاً لمعاهدة جامعة الدول العربية.

المبحث الرابع: دعوى بطلان حكم التحكيم فى القانون المصرى.

المبحث الأول
القواعد العامة المتعلقة بحكم التحكيم فى إطار القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى

تمهيد:

٢١٩- حكم التحكيم هو عمل مكتوب، والكتابة شرط ضرورى لقيام الحكم ذاته بوصفه عملاً قضائياً يمارس المحكمون فى شأنه كل سلطة قضائية، فهو يعتبر حكماً فى النزاع "une veritable jugement" تتوافر فيه كل عناصر العمل القضائى(١). ولهذا اشترطت معاهدة نيويورك عند التنفيذ تقديم أصل الحكم مصدقاً حسب الأصول، أو نسخة منه مصدقاً عليها حسب الأصول.

وصياغة هذا الحكم تخضع لقواعد شكلية تقترب من تلك التى تفرض على الأحكام الصادرة من جهات القضاء، فـ[illegible]ـجب أن يتضمن الحكم، أسماء الخصوم وصفاتهم، وأسماء المحكّمين وصفاتهم، وادعاءات الأطراف، ومكان صدور الحكم وتاريخه (٢).

والحكم على هذا النحو، لا يفترق عن أحكام القضاء إلا من ناحية

---

(١) والرأى الراجح فى الفقه أن التحكيم «قضاء خاص يستند الى أصل تعاقدى».
Motulsky. Ecrits. études et notes sur l'arbitrage Dalloz. Paris 1974. P. 6 et 9.
(2) Marie Glaire. Rendeau. Rivier. J, Ct. Arbitrage. Fasc. 1042 . P. 10 No.10

ويعتبر التاريخ الذى يثبته المحكم فى حكمه حجة على الأطراف فلا يجوز لهم اثبات عكسه إلا بطريق الادعاء بالتزوير لأن حكم التحكيم يعتبر ورقة رسمية. (نقض مدنى ٣٠/١١/١٩٦١ س ١٢ ص ٧٣٠).

تنفيذه إذ لا يكون لهذا الحكم قوّه تنفيذية إلا بعد الحصول على أمر التنفيذ من القضاء المختصّ.

ولما كان الحكم لا يخضع لسيادة دولة معيّنة، ومن ثم فإنه لا يصدر قراره باسم أية دولة، وعلى الرغم من ذلك فإن حكم المحكّم بمجّرد صدوره يعتبر ورقة رسمية(١). ولا يجوز جحد الثابت بورقة الحكم من بيانات إلا طريق الطعن بالتزوير.

والراجح أن حكم التحكيم يُعتبر قد صدر وقت النّطق به أسوة بالأحكام القضائية- ولا عبرة بوقت كتابته وتوقيعه من المحكمين طبقاً لما ذهب بعض الفقه(٢).

وفى هذا الخصوص تعرض لشكل حكم التحكيم وتسيبه وحجية الأمر المقضى وقوته التنفيذية، وتفسيره وتصحيحه وإغفال الفصل فى طلب أو أكثر وإنهاء المرافعة والتسوية الودية وغيرها من أسباب إنهاء إجراءات التحكيم، وأجر المحكم ومصروفات التحكيم والطعن فى حكم التحكيم.

مسائل الإجراءات :

٢٢٠- وفيما يتعلق بمسائل الإجراءات ،يجوز أن يصدر القرار من المحكم الرئيسى إذا لم تتوافر الأغلبية، أو أجازت هيئة التحكيم ذلك،

---

(١) راجع ذلك معروضاً فى الدكتور وجدى راغب ، تأصيل الجانب الاجرائى فى هيئة التحكيم معاملات الأسهب بالأجل، مجلة الحقوق، جامعة الكويت . السنة (٧) ع (٤) . ص ١٠٤ .

(٢) راجع فى عرض هذه الآراء - الدكتور أحمد أبو الوفا فى التحكيم الاختيارى والإجبارى سنة ١٩٨٨ رقم ١١٦ .

ومن هذا القبيل إعلان الجلسات، ومواعيد تقديم وسائل الدفاع والمستندات.

ويكون هذا القرار فى مسائل الإجراءات قابلاً لإعادة النظر فيه من قبل هيئة التحكيم إذا قدم إليها مثل هذا الطلب.

تسبيب قرار التحكيم:

٢٢١- نصت المادة ٣١ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى على أنه يجب أن تسبب هيئة التحكيم قرارها ما لم يتفق الطرفان على عدم تسبيبه وأجازت المادة ٣١ عدم التسبب فى حالة أخرى، هى صدور الحكم باثبات الصلح الذى أبرمه الخصوم أثناء نظر الدعوى.

وقد قضى فى فرنسا، أن عدم تسبيب حكم التحكيم، لا يعد فى ذاته مخالفاً للنظام العام بالنسبة للتحكيم الدولى التى تخضع إجراءاته لقانون أجنبى، وأن عدم التسبيب وإن كان يتعارض مع النظام الداخلى فى فرنسا، فإنه لا يمس النظام العام بمفهومه الدولى(١).

ولا يشترط القانون الانجليزى والأمريكى تسبيب أحكام التحكيم.

وقد يختار الأطراف قانوناً لم تجر العادة فى إطاره على تسبيب قرارات التحكيم.

ويعتنق هذا الاتجاه نظام التحكيم البحرى الدولى، متأثراً بالعرف الإنجليزى.

---

(1) Cass. 14 Juin 1960, Rev. Crit, 1960, P. 393.

ولا تستوجب إتفاقية نيويورك تسبيب الحكم؛ لأنها لا تسمح بمراجعته عند التنفيذ.

وطبقاً للمادة ١٤٧١من قنون الاجراءات الفرنسى. فإن الالتزام بالتسبيب لا يتعلق بالنظام لعام بمفهومه الدّولى إلا إذا كانت مهمة المحكم قد تضمنت هذاالالتزام١).

على أنه إذا كانت أسبلب التحكيم واجباً ذكرها، فإن تناقض الأسباب يعتبر بمثابة إنتفاء الأسباب.وتؤدى إلى بطلان قرار التحكيم، ويأخذ نفس الحكم لقصور فى التسبيب(٢)، وذلك حتى ولو كان المحكم مفوضاً بالصلح، لإيعتبر ذلك من ضمانات التقاضى أمام هيئات التحكيم.

وقد يُخفى عدم التسبيب هدار حقوق الدفاع بما يؤدّى إلى بطلان الحكم.

وتتطلب إتفاقية چنيف لتسبيب متى اشترطه أحد الأطراف.

شكل حكم التحكيم:

٢٢٢- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين تصدر الهيئة الحكم بأغلبية الآراء (لمادة ٢٩ من القانون النموذجى) أى اثنين من ثلاثة ما لم يتفق الأطرافعلى خلاف ذلك(٣).

---

(1) Jean Robert, L'arbitrage. op., cit., P. 299.

(2) Cass. Civ. 16, Juin. Rev. arb ., P. 75.

(٣) ويعيب هذا النص، أنه منع الأطراف سلطة الاتفاق على خلاف قاعدة الأغلبية، ذلك أن الاغلبية قاعدة متعلقة بالنظام العام الدولى، وترتبط باجراءات التقاضى وحسن سير العدالة امام قضاء لتحكيم، والمفروض أنه يمتنع مخالفتها.

ولا يشترط أن يصدر القرار بالإجماع.

وإذا رفض أحد المحكّمين من الثلاثة توقيع الحكم، يجب أن يثبت فى الحكم ذاته سبب عدم توقيع المحكم الثالث، وإغفال ذكر ذلك فى الحكم يؤدى إلى بطلانه.

ولكن ما هو الحّل إذا كان لكل من المحكّمين رأى مختلف عن الآخر مما لا تتحقق معه الأغلبية فى إصدار الحكم؟

يجب في هذا الخصوص ضرورة الرجوع إلى القانون الواجب التطبيق، فإذا كان القانون يرجح صوت رئيس الهيئة وجب عليه أن يصدر الحكم، وهذا هو الحال إذا كان القانون الإجرائى الواجب التطبيق هو نظام غرفة التجارة الدولية الذى ينص فى المادة ١٩ منه، إذا عين ثلاثة محكمين صدر الحكم بالأغلبية، فإذا لم تتوافر أصدر رئيس الهيئة الحكم بمفرده، ويصدر الحكم باسم هيئة التحكيم لا باسم رئيس الهيئة.

ولكن هذا الاتجاه مؤدّاه أن الحكم قد صدر من محكم واحد انفرد وحده باصداره، فى حين أن التحكيم مسند إلى ثلاثة محكمين، مما يتضمن إخلالاً باجراءات التحكيم وضماناته وبالوقت نفسه تضيع الحكمة من إسناد التحكيم إلى ثلاثة محكمين. وهذه الحكمة قد تعود إلى أهمية النزاع، وما قد تتطلبه من خبرات مختلفة روعيت فى المحكمين الثلاثة.

فضلاً عن مخالفة الحكم للأسس الجوهرية فى إصدار الأحكام.

وتوجب المادة ٣/٣١ من القانون النموذجى أن يبين القرار مكان التحكيم، ويعتبر أن قرار التحكيم قد صدر فى ذلك المكان.

وإذا كان قرار التحكيم فى صورته النهائية بشكّل عملاً قانونياً فإنه من الناحية العملية ليس بالضرورة عملاً واقعياً واحداً قد تجرى المداولات فى أماكن مختلفة، أو عن طريق المكالمات الهاتفية، أو بالمراسلة، كما أنه لا توجد ضرورة بأن يوقّع المحكّمون على قرار التحكيم فى المكان ذاته(١).

ولا يوجب القانون النموذجى النطق بحكم المحكم فى جلسة علنية.

وقد قضت محكمة النقض بأن المشّرع أوجب اشتمال الحكم على صورة من وثيقة التحكيم وهذا البيان جوهرى لازم لصحة الحكم ويترتب على اغفاله عدم تحقق الغاية التى من اجلها أوجب المشرع اثباته بالحكم ويؤدى بالتالى إلى البطلان، ولا يغير من ذلك أن تكون وثيقة التحكيم قد أودعت مع الحكم بقلم كتاب المحكمة لأن الحكم يجب أن يكون دالاً بذاته على استكمال شروط صحته بحيث لا يقبل تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية بأى طريق آخر: نقض ١٩٨٧/٢/٣ طعن رقم ١٠٩٥ لسنة ٥٣ق، ١٩٩٠/١/١٢ طعن ٣٥٦٨ لسنة ٥٦ق، ١٩٨٨/١/٢٧ طعن ٢٥٧٠ق، ١٩٩٧/١٢/٢٨ الطعن رقم ٤٦٢٣ لسنة ٦٦ق.

وقضى بأن اثبات حلف أعضاء هيئة التحكيم ليس من البيانات التى يجب ان يتضمنها حكم التحكيم: نقض ١٩٧٢/٢/٢٦، من ٢٣، ص ٢٥٥.

قوة الأمر المقضى به لحكم التحكيم وقوته التنفيذية(٢):

٢٢٣- يجب التفرقة بين قوة الأمر المقضى به بالنسبة لحكم

(١) مذكرة أمانة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى، ص ١١.

(2) Boubles. Sentence arbitrale, autorité de la chose jugée et ordonnace d'exequature J.C.P 1961-1-1960.

التحكيم، الذى تستنفد به هيئة التحكيم ولايتها، وبين قوته التنفيذية، فهما مرحلتان تستقلّ كلّ منهما عن الأخرى. وحكم التحكيم يحوز مدّة للأمر للطعن ولو لم يصدر الأمر بتنفيذه، بل حتى ولو كان قابلاً للطعن.

ويقصد بحجية الحكم أنه يعتبر عنواناً للحقيقة، فلا يجوز إعادة الفصل فى النزاع الذى صدر فيه الحكم من جديد أمام أية جهة قضائية أخرى، لأن هذا الحكم القطعى فى حد ذاته يحمل قرينة الحقيقة القانونية "Presomption de verité légal" وفى الوقت ذاته يحمل قرينة الصحة Présomptionde validité وذلك استقرارا للمراكز القانونية بين الخصوم، فلا يجوز للمحكم أن يسلط نفسه حكماً على قضائه السابق، لأنه يستنفد ولايته بمجرد صدور حكمه الفعلى فى موضوع النزاع. ولا يملك إعادة النظر فيه، حتى ولو حصل المدين على سند يثبت- على سبيل المثال-براءة من الدين(١).

وإذا رفضت هيئة التحكيم طلب التعويض المؤسس علي المسئولية العقدية. فإنه لا يجوز معاودة النظر في هذا الطلب استناداً إلي المسئولية التقصيرية لأن هذا لا يعتبر من الحجج القانونية التي لا يحول اختلافها في الدعوي دون حيازة الحكم الأول حجة الشيئ المحكوم فيه.

واستناد المدعي في دعواه الي الخطأ العقدي لا يمنع هيئة التحكيم من أن تبني حكمها علي خطأ تقصيري، وذلك لا يعتبر تغييراً لسبب

---

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية فى ١٦ يولية ١٩٩٠. من أن أحكام المحكمين شأنها شأن أحكام القضاء، تحوز حجية الشئ المحكوم به بمجرد صدورها، وتبقى هذه الحجية طالما بقى الحكم قائماً.

(مجموعة المكتب الفنى السنة (٤١) ع (٢) رقم ٢٤٥، ص ٤٣٤ .

الدعوي مما لا تملكه هيئة التحكيم أنما هو استناد إلي وسيلة دفاع جديدة

وإذا حكمت الهيئة في جزء من الدين وأنتهت الي رفضه لعدم صحة الدين، أو عدم ثبوته، فإن هذا يمنع من المطالبة بأقساط اخري من ذات الدين.

ولما كان حكم التحكيم في القانون المصري لا يتمتع فحسب بحجة الأمر المقضي بل يكتسب أيضاً قوة الأمر المقضي، فإنه لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية (م ٥٨) ومن ثم فإنه يعتبر سنداً ، يجوز بمقتضاه اتخاذ الإجراءات التحفظية منذ صدوره.

ودون ثمة حاجة الي صدور أمر التنفيذ لان مثل هذا الإجراء التحفظي ، يجوز أتخاذه ولو قبل صدور حكم التحكيم : أي أثناء سير اجراءات التحكيم .

وقد قضت محكمة استئناف باريس في ٩ يوليو ١٩٩٢ بأن « حكم التحكيم هو قرار قضائي يتمتع بقوة الشيء المقضي منذ النطق به. وهو يشكل سنداً يمكن بمقتضاه اتخاذ اجراء تحفظي .. » (Rev arb 1994 . p 132)

وكأثر من أثار قوة الامر المقضي أنه لا يجوز عرض النزاع الذي فصل منه حكم التحكيم علي جهة قضائية أخري للفصل فيه من جديد.

أما القوة التنفيذية، أو أمر التنفيذ فهو ليس من قبيل الأعمال القضائية، لأنه لايفصل فى موضوع النزاع، ويقتصر موضوع طلب التنفيذ على التحقق من مدى توافر الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم.

فأمر التنفيذ (١) لا علاقة له بالنزاع الذى فصل فيه حكم التحكيم وليس جزءاً من العملية التحكيمية، ولا يعرض للموضوع الذى سبق الفصل فيه.

وهو الذى يسبغ علي الحكم قوته التنفيذية، ويرفعه إلى مصاف السندات التنفيذية، ولايجوز فى مجال التنفيذ الفصل فى أى طلبات إضافية من جانب المدعى أو المدعى عليه، لأن من شأن الحكم فى هذه الطلبات المساس بموضوعات النزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم وتجاوز نطاق الخصومة التى حددها إتفاق التحكيم. كما يمتنع عليه أن يناقش أى وجه من وجوه الدفاع الجديد فى موضوع النزاع، لمساس ذلك بحجة الحكم. فدعوى الأمر بالتنفيذ ليست دعوى جديدة فى القانون المصرى. وإنما ينحصر موضوعها فى مدى استيفاء الشروط التى يتطلبها القانون لتنفيذ حكم التحكيم.

وتطبيقاً لهذا النظر، قضت محكمة النقض الفرنسية فى ١٨ نوفبر سنة ١٩٨٦ (٢) بأن القاضى المختص بالتنفيذ الذى لايملك سلطة مراقبة تفسير الأتفاقات الدولية لايمكنه أن يرفض أمر التنفيذ بحجة أن هذا التفسير مخالف للتفسير الذى تأخذ به الحكومة الفرنسية.

ومع ذلك، فإن الطلبات التى يكون من شأنها تيسير إجراء التنفيذ ذاته. فلا غبار على إبدائها، وعلى ذلك، يجوز عند التنفيذ طلب تحويل المبلغ المقضى به فى حكم التحكيم الأجنبى إلى مايساويه بعملة أخرى بحيث يسهل على المدين الوفاء بها.

---

(١) ويختلف نفاذ الحكم عن تنفيذه، فالنفاذ عملية قانونية بإصدار الحكم. أما التنفيذ، فهو عمل مادى لاحق على صدور الحكم.

(2) Clunet, 1986, P. 121.

٢٢٤- ولما كان الخصوم فى دعوى الأمر بالتنفيذ هم نفس الخصوم فى الدعوى الأصلية التى فصل فيها حكم التحكيم الأجنبى المراد شموله بالتنفيذ، ومن ثم فإنه لايجوز فحص الاعتراض المرفوع من الغير على أمر تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى بمقولة أن الحكم المذكور قد «مسخ شرط التحكيم»(١).

٢٢٥- ويلاحظ أن القرارات الصادرة من محكمة التحكيم فى غير خصومة،لاتعتبر أحكاما بالمعنى الدقيق، مثال ذلك، القرارات المتعلقة بتحديد زمان ومكان انعقاد محكمة التحكيم، وتأجيل نظر الدعوى للاطلاع والاستعداد فهذه لاتعتبر أحكاما. ومن ثم لاتستنفذ بها محكمة التحكيم ولايتها.

كما أن القرارات التى تستهدف إعداد الخصومة للفصل فيها ، مثل القرار بندب خبير أم بمعاينة مكان أو سماع شهود، فهذه لاتستنفد بها محكمة التحكيم ولايتها.

وإنما يتعين أن يصدر هذا القرار فى خصومة منعقدة، أسوة بالقرارات القطعية.

ومع ذلك، فقد يصدر قضاء قطعى ضمنى فى أسباب الحكم وفى منطوقه ولاتنتهى به الخصومة برمتها. كما إذا أشار الحكم فى أسابه بمبدأ مسئولية المدعى عليه عن التعويض ثم قضى بندب خبير لتقدير قيمة التعويض المستحق.

ويلاحظ أن القرارات الوقتية، يجوز لهيئة التحكيم أن تعدل عنها، أو تلغيها، متى تغيرت الظروف الواقعية التى أقتضت إصدارها.

---

(1) Juin 1981, Rev.Arb. 1991, P. 202.

تفسير حكم التحكيم :

٢٢٦ – من حق هيئة التحكيم تفسير الحكم الصادر منها كله، أو جزء معين منه. وهذا التفسير ليس من شأنه المساس بمبدأ أستنفاد الولاية، لأنه يقتصر على تحديد مضمون الحكم الغامض، أى إيضاح ما أبهم بالفعل بحسب تقدير المحكمة، لا ما التبس على ذوى الشأن فهمه على الرغم من وضوحه، دون المساس بما قضى به حكم التحكيم المفسر موضوعاً فلا يجوز أن يتضمن التفسير تعديلاً للحكم، أو معاودة النظر فيه، إلا تعرض الحكم لمخاطر عدم التنفيذ. فالتفسير ليس وسيلة لإعادة النظر فى النزاع الذى صدر فيه الحكم.

وطبقاً لقواعد الأمم المتحدة، فإن طلب التفسير حق لأى من الطرفين من تاريخ تسلم الحكم.

ويخضع الحكم التفسيرى فى تنفيذه الى ذات القواعد الخاصة بتنفيذ الحكم الأصلى (١)، إذا يتم الأعتراف بحجيته وفاقً للقواعد المتبعة فى الدولة التى يطلب فيها التنفيذ، لأن الحكم التفسيرى يعد جزءاً لايتجزأ من الحكم المفسر، فيأخذ حكمه من جميع النواحى، حتى من حيث مدى إمكان الطعن فيه البطلان. ويجب أن يرد التفسير على الغموض فى منطوق الحكم الذى يتم التنفيذ بمقتضاه دون الأسباب. ومثال ذلك أن تحكم الهيئة بالزم المدعى عليه بمبلغ معين دون أن تبين أساس هذا الحكم، هل هو يمثل تعويضا للمدعى أم يمثل ثمناً لبضاعة.

---

(١) بمعنى أنه يجب طلب الصيغة التنفيذية من جديد على القرار الذى أدركه التصحيح.

Note Beratrand Moreau. sous cass- civi. 8 Janv. 1978, Rev. arb. 1978 P.468.

وأجازت المادة ١/٣٣ (ب) من القانون النموذجي لكل طرف في النزاع أن يطلب من هيئة التحكيم تفسير أي غموض معين في الحكم خلال ثلاثين يوماً من إعلانه به بشرط إعلان خصمه بهذا الطلب. ولم يشترط النص تحديد جلسة لهذا الغرض. ولهذا يجوز لهيئة التحكيم إصدرا حكم التفسير دون سماع دفاع الأطراف في خصوص طلب التفسير، أي من غير مرافعة.

وهذا الميعاد تنظيمي لايترتب علي تجاوزه أي جزاء.

تصحيح حكم التحكيم :

٢٢٧- يجوز لكل من الطرفين- بشرط إخطار الطرف الآخر- أن يطلب تصحيح مايكون قد وقع في حكم التحكيم من أخطاء حسابية أو طباعية أو أية أخطاء مماثلة دون المساس بموضوع التحكيم. ولهذا لايلزم تحديد جلسة لنظر طلب التصحيح.

ويراعى في التفسير أو التصحيح أن يكون صادراً من أغلبية أعضاء الهيئة، إذ يسرى عليه مايسرى على أصدار الحكم الأصلي.

وتنص المادة ٢/٥٠ من قانون التحكيم المصري على أنه إذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح، جاز التمسك ببطلان هذا القرار (أي قرار التصحيح) بدعوى بطلان.

في فرنسا (١) يتم اللّجوء إلى القضاء الذى كان مختصاً لو لم يكن هناك تحكيم، وهو في العادة المحكمة التجارية، التي يكون لها طبقاً لنص المادة ١٤٧ من قانون المرافعات الجديد:

---

(1) Philippe BERTIN : L'intervention..., Op.,Cit., Rev., Arb., 1992, P. 346.

تفسير حكم التحكيم

تصحيح الأخطاء المادية، أو مايتم إغفاله مادياً.

استكمال ما أغفل التحكيم الفصل فيه من طلبات.

وبداهة، فإن هذا الاختصاص يكون لهيئة التحكيم، متى أمكن اجتماعها من جديد.

إغفال الفصل فى طلب أو أكثر (قرار التحكيم الأضافى).

٢٢٨- طبقاً للقواعد العامة فى المرافعات، يجوز للخصوم أنفسهم العودة الى هيئة التحكيم للفصل فى طلب أو أكثر تكون قد أغفلته، مادام هذا الطلب كان داخلاً فى نطاق اتفاق التحكيم. ذلك أن هيئة التحكيم لم تستنفد ولايتها فى شأن هذه الطلبات التى قد تكون أغفلت الفصل فيها. وهو مايطلق عليه قرار التحكيم الإضافى.

ويخضع قرار التحكيم الأضافى لما هو متبع فى شأن حكم التحكيم الأصلى، فلا يتم الأعتراف بحجيته إلا وفقاً للأجراءات المتبعة فى قانون مكان التنفيذ.

وقد نصت المادة ٣/٣٣ على أنه يجوز لأى من أطراف النزاع خلال ثلاثين يوماً من إعلانه بحكم التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم إصدار حكم تكميلى بالفصل فى الطلبات التى طرحت أمام هيئة التحكيم وأغفلت الفصل فيها. ويجب على من يطلب الفصل فى الطلب الذى تم اغفاله، إعلانه خصمه بذلك فى جلسة لسماع دفاع الطرفين.

ويجب على هيئة التحكيم أن تصدر حكمها خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه.

ولايعتبر إغفالاً للطلب، الطلب المرفوض ضمناً.

ولما كان لايجوز الجمع بين طلب التنفيذ العينى والتنفيذ بمقابل، ومن ثم، فإذا قضت الهيئة فى أحد الطلبين، فلا يعتبر ذلك إغفالاً للطلب الآخر الذى لم تفصل فيه.

ويسرى على تصحيح قرار التحكيم وتفسيره، وعلى قرار التحكيم الأضافى الأوضاع المقررة بشأن شكل قرار التحكيم الأصلى من حديث ضرورة كتابته، والأغلبية، وأن يشتمل على أسبابه التى بنى عليها مالم يكن الأطراف قد إتفقوا على عدم بيان الاسباب، وأن يبين فى القرار تاريخ صدوره ومكانه (مادة ٥/٣٢ من القانون النموذجى).

وإذا صدر حكم التحكيم الإضافى أصبح جزءاً من الحكم الأصلى وتمتد إليه الحجية كما يتعين إيداعه أسوة بالحكم الأصلي وطبقاً لقانون التحكيم الجديد، يجب لإصدار حكم التحكيم الإضافى فى شأن الطلبات التى تم إغفالها، أن يقدم لهيئة التحكيم طلباً بذلك خلافاً لمسألة تصحيح الأخطاء التى تتصدى لها الهيئة من تلقاء نفسها. أو بناء على طلب الخصوم.

غرفة التجارة الدولية :-

٢٢٨م – ولاتحتوى لائحة غرفة التجارة الدولية على قواعد خاصة بالتفسير أو التصحيح أو إصدار أحكام إضافية كما هو الحال بالنسبة لقواعد القانون النموذجى للأمم المتحدة وقانون التحكيم المصرى.

ولعل ذلك يعزى الى أن مشروع حكم التحكيم يتم مراجعته من الناحية الموضوعية بمعرفة محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية. وفى الوقت نفسه، فإن هناك مراجعة شكلية بحتة بمعرفة غرفة التجارة الدولية.

إنهاء المرافعة :-

٢٢٩- جعلت قواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى لارادة الأطراف شأن فى انهاء المرافعة. فأوضحت أن لهيئة التحكيم أن تستفسر من الطرفين عما اذا كان لديهما ادلة أخرى لتقديمها أو شهود آخرين لسماعهم.

فإذا كان الجواب نفياً، جاز لهيئة التحكيم أن تعلن انهاء المرافعة.

أجر المحكم :

٢٣٠- للمحكم أجر، ولايستحق هذا الأجر إلا إذا تم التحكيم، وإصدار القرار.

ويجوز أن يتضمّن اتفاق التحكيم اتعاب المحكمين. ويتفق الأطراف عادة على أن يتحمّل كل طرف أتْعاب المحكم الذى رشحه، ويتحمل الطرفان مناصفة اتعاب رئيس الهيئة.

وعند عدم اتفاق الأطراف على أجر المحكم، تتولى هيئة التحكيم بنفسها تقديره. على أن يراعى فى هذا التقدير أسس معينة: حجم المبالغ التى يدور حولها النزاع، ومدى حجم النزاع، والجهد الذى بذله المحكّم فى نظر الدعوى.

مصروفات التحكيم:-

٢٣١- ويقصد بها أتعاب المحكّمين، ومصروفات انتقالهم، ونفقات الخبرة، ونفقات انتقال الشهورد، ومصروفات النيابة القانونية، والمساعدة القانونية (وهذه الاخيرة يجب أن تطلب أثناء اجراءات التحكيم).

وعادة، فإن قرار التحكيم النهائى هو الذى يحددد المصاريف.

ويتحمل المصروفات بوجه عام، الخصم الذى خسر الدعوى. ومع ذلك، يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر بتوزيع المصروفات بين الطرفين على ضوء ظروف الدعوى، أو وفقاً لما تم الاتفاق عليه.

وعندما تصدر هيئة التحكيم أمراً بإنهاء إجراءات التحكيم، أو قرار تحكيم بشروط متّفق عليها، تحدّد مصروفات التحكيم.

وهذه القواعد نصّت عليها قواعد الامم المتحدة لسنة ١٩٧٦، وليس هناك مايحول دون العمل بها فى ظلّ القانون النموذجى لسنة ١٩٨٥، وهى مسائل معمول بها فى قوانين المرافعات الداخلية.

الطعن فى قرار التحكيم بطلب الألغاء:-

٢٣٢- استحدثت قواعد القانون النموذجى للأمم المتحدة فى المادة ٣٤ منها جواز الطعن فى قرار التحكيم أمام احدى المحاكم (١) بطلب الإلغاء.

- اذا أثبت طالب الإلغاء أنه لم يُبَلَّغ على وجه صحيح بتعيين أحد

---

(١) وتمنح قواعد القانون النموذجى التى تاخذ باحكامه، سلطة تحديد المحكمة المختصة.

المحكّمين أو بإجراءات التّحكيم، كما إذا أثبت أنه لم يُعْلَن اعلانا صحيحاً بجلسة المرافعة، أو إذا قبلت هيئة التحكيم من أحد الأطراف مستندات جوهريه اعتمدت عليها فى قضائها دون أن تمكّن الطرف الآخر من الاطلاع عليها مايؤدى إلى الإخلال بحقّ الدفاع.

- إذا أثبت طالب الإلغاء أن اتفاق التحكيم تناول نزاعاً لايقصده، أو لا يشمله اتفاق التحكيم، أو أنه يشتمل على قرارات خارجية عن نطاق الاتفاق. ذلك أن اختصاص التحكيم استثنائى لايجوز التوسع فى تفسيره.

على أنه إذا كان من الممكن فصل القرارات المتعلقة بالمسائل المعروضة على التحكيم عن القرارات غير المعروضة على التحكيم، فلا يجوز أن يلغى من قرار التحكيم سوى الجزء الذى يشتمل على القرارات المتعلقة بالمسائل غير المعروضة، أى الخارجة عن نطاق اتفاق التحكيم.

- إذا أثبت طالب الإلغاء أن تشكيل هيئة التحكيم كان مخالفاً لما تم الاتفاق عليه، أو أن الموضوع لايجوز حله بالتحكيم وفقاً لقانون الدولة التى تنتمى إليها المحكمة المختصة أو يتعارض مع السياسة العامة لهذه الدولة (النظام العام). والمقصود فى أطار التجارة الدولية هو النظام العام الدولى. ولايجوز إعمال النظام العام الداخلى إلا إذا كان حكم التحكيم يمس المصلحة العامة أو الوطنية فى دولة التنفيذ.

وهذه هي أحوال البطلان في قانون التحكيم.

جواز النزول عن طلب الالغاء:

٢٣٣- وقد رأى واضعو هذا النص أن أحكام التحكيم المعيبة بعيب من العيوب المشار إليها، تكون قابلة للطعن مالم يتنازل الأطراف عن

طريق الطعن، ولم يكن اتفاق التحكيم متضمناً مثل هذا النزول(١). وذلك أن التحكيم «عدالة يقرها الأطراف» الذين يتدخلون فى القانون الواجب التطبيق، ومن بينها حرية الطعن. باعتبار أن حق الطعن هنا قاعدة شرعت لحماية المنتفعين بها، ومن ثم يجوز لهم النزول عنها.

جواز الأتفاق على عرض النزاع على هيئة تحكيم استئنافية :

٢٣٤- وغنى عن البيان، أن طلب الإلغاء بوصفه السبيل الوحيد للطعن على قرار التحكيم، لايحرم الطرف صاحب المصلحة من الالتجاء الى هيئة تحكيم من الدرجة الثانية متى اتفق الطرفان على امكانية ذلك، حسبما هو مألوف فى الاتجار فى بعض انواع السلع الاساسية (٢).

وذلك متى كان حكم التحكيم غير قابل للطعن وفقاً للقانون الواجب التطبيق على النزاع. وهذا الحكم يسرى فى اطار قانون التحكيم.

مدة طلب الألغاء.

٢٣٥- ولايجوز تقديم طلب الإلغاء بعد انقضاء ثلاثة أشهر من يوم تسليم الطرف صاحب الطلب قرار التحكيم، أو من اليوم الذى حسمت فيه هيئة التحكيم طلب تصحيح القرار وتفسيره إذا كان قد قدم مثل هذا الطلب.

(I) Cour d'appel de Paris, 19 Oct. 1979, Rev., Arb., 1980, P. 101.

(٢) الدكتور الحبيب مالوش فى المشكلات الاساسية للتحكيم الدولى من منظور متطور سنة ١٩٨٩ والتحكيم بالانصاف فى المنازعات الدولية، القاهرة، ص ٦،٠٢

(٣) مذكرة أمانة لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجارى الدولى، ص ١١.

تفادى طلب الالغاء:

٢٣٦- أجازت المادة ٣٤/٤ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى للمحكمة المختصة بطلب الإلغاء، أن تأمر بناء على طلب أحد الخصوم، بوقف السير فى طلب الغاء حكم التحكيم، مدة معينة، حتى تتيح الفرصة لهيئة التحكيم إزالة ماشاب الحكم من العيوب التى بنى عليها طلب الالغاء، مثل الاخلال بحقوق الدفاع أو مخالفة الحكم للنظام العام.

مسألة الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه فى القانون النموذجى:

٢٣٧- من الملاحظ أن قواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى التى أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة، قد نظمت فى المادة (٣٦) منها مسألة الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها، تنظيماً كاملاً دقيقاً، بصرف النظر عن البلد الذى صدر فيها. وتكاد تكون هذه الأحكام المتعلقة بالتنفيذ متماثلة تماماً فى مضمومنها لما ورد فى معاهدة نيويورك. ولعل السبب فى تعرض هذا القانون النموذجى لضوابط تنفيذ الاحكام الصادرة وفقاً له، وهو تعرض هذا القانون النموذجى لضوابط تنفيذ الاحكام الصادرة وفقاً له، وهو تفادى عدم انضمام بعض الدول الى معاهدة نيويورك. فأرادت أن تخضع الدول الغير منضمة الى المعاهدة لنفس ضوابط تنفيذ الاحكام الموضحة فى المعاهدة لمجرد خضوع هذه الدول لقواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى.

تسوية النزاع :

٢٣٨- تنص المادة (٣٠) من القانون النموذجي للتحكيم التجارى الدولى على أنه «إذا اتفق الطرفان، فى خلال اجراءات التحكيم، على تسوية النزاع فيما بينهما، كان على هيئة التحكيم ان تنهى الاجراءات وأن تثبت التسوية ، بناء على طلب الطرفين، وعدم اعتراضها هى، فى صورة قرار تحكيم بشروط متفق عليها».

«وأى قرار تحكيم بشروط متفق عليها، يجب ان يصدر وفقاً لأحكام المادة ٣١، وينص فيه على انه قرار تحكيم، ويكون لهذا القرار نفس الصفة، ونفس الأثر الذى لأى قرار تحكيم آخر يصدر فى موضوع الدعوى»،

ومؤدى هذا النص، أن قرار التحكيم فى هذه الحالة، يعتبر حكماً، بمعنى الكلمة، له حجيته كسائر احكام التحكيم الأخرى، إذ تمتص فيه الهيئة مضمون اتفاق الاطراف، ويكون حكمها على مقتضى هذا الاتفاق، ويأخذ شكل حكم التحكيم الذى يصدر دون صلح، وتجرى فى شأنه ضوابط تنفيذ احكام التحكيم.

ولامانع فى هذه الحالة من أن يسهم المحكم فى معاونة الطرفين للتوصل الى هذا الاتفاق.

إنهاء اجراءات التحكيم :

٢٣٩- تنتهى اجراءات التحكيم بقرار التحكيم النهائى، أو بأمر من هيئة التحكيم.

وتصدر هيئة التحكيم أمراً بإنهاء التحكيم فى الأحوال الآتية:

١- إذا سحب المدعى دعواه، إلا إذا اعترض على ذلك المدعَى عليه، وأقرّت هيئة التحكيم بأن له مصلحة مشروعة فى تسوية النزاع نهائياً.

٢- إذا اتفق الطرفان على إنهاء الاجراءات.

٣- إذا وجدت هيئة التحكيم أن استمرار الاجراءات أصبح غير ضرورى، أى عديم الجدوى، أو مستحيلاً لأى سبب آخر.

ولاشك أن التحكيم ينقضى أيضا إذا رفض أحد الأطراف تعيين محكمه، ولجأ إلى رفع الدّعوى أمام القضاء (١).

ويلاحظ أن القانون الواجب التطبيق على الاجراءات (٢) هو الذى يبين مدى لزوم ذكر مكان صدور حكم التحكيم، وتاريخه، وأسماء الخصوم وصفاتهم، وموطنهم، ومن يباشر الاجراءات نيابة عنهم، واسماء المحكمين الذين أصدروا الحكم، وهل يلزم أن يكون النطق بالحكم علناً أم فى جلسة سرية. وهو الذى يبين أيضاً أثر حكم التحكيم عندما يتجرد من أسبابه. كما يحدد شروط المداولة، وميعاد صدور حكم التحكيم، وحكم الحالة التى يصدر فيها حكم التحكيم بعد ميعاده.

إيداع حكم التحكيم :

٢٣٩ مكرر – لم تعرض قواعد القانون النموذجى لمسألة تسجيل حكم التحكيم او ايداعه، وكل مانصت عليه فى المادة ٣١ على أنه بعد صدور الحكم، يوقعه المحكمون، وتسلّم نسخة منه إلى كل طرف من اطراف النزاع.

(١) الدكتور أحمد ابو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح سنة ١٩٦٥، ص ١٢٧ .

(٢) ماسبق رقم ١٢٤ .

أما معاهدة نيويورك، فقد تركت الأمر لقانون كل بلد انضمت اليها، فنصت فى المادة ٣٢ منها على أنه اذا كان قانون البلد الذى صدر فيه حكم التحكيم يتطلب تسجيل أو ايداع الحكم من قبل هيئة التحكيم، فإن على الهيئة ان تلتزم بهذه المتطلبات خلال المدة التى يتطلبها ذلك القانون (١).

وكانت المادة ٥٠٨ مرافعات الملغاة توجب ايداع جميع احكام المحكمين، ولو كانت صادارة باجراء من اجراءات التحقيق. أما قانون التحكيم المصرى الجديد، فقد أوجب فى المادة ٤٧ منه على الطرف الذى صدر حكم التحكيم لصالحه ايداع أصل الحكم أو صورة منه، مما مؤداه أن مايتم ايداعه هو أصل الحكم المنهى للخصومة كلها أو فى شق فيها.

اما الأحكام الصادرة باجراءات الاثبات أو التحقيق فلا ضرورة لايداعها إلا إذا تضمنت فى أسبابها قضاء قطعياً . مثل تقرير مبدأ المسئولية أو كانت قد قطعت فى صحة عقد من العقود. كما يجب إيداع الأحكام الوقتية أو التحفظية الصادرة من المحكمة المختصة وفقاً للمادة (٩) من القانون لانها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالتحكيم وتعتبر امتداداً له وتصدر عادة لمصلحة أحد الطرفين

والايداع هو تمهيد لاتخاذ اجراءات تنفيذ حكم التحكيم (٢).

والذى يتم إيداعه هو النسخة الأصلية لحكم التحكيم أو صورة موقعة منه (٣) ويجب أن يتم الإيداع فى قلم كتاب المحكمة المختصة.

---

(١) الدكتور يعقوب يوسف صرخوه، شروط صحة الحكم التحكيم فى التشريع الكويتى، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت السنة (١٨)، ص ٥٠ .

(٢) ولتمكين القضاة من مراقبة حكم التحكيم قبل تنفيذه.

(٣) وإذا كان الحكم محرراً بغير اللغة العربية، فانه يجب ان يتم ترجمته باللغة العربية مصدقاً عليه من أحدي الجهات المعتمدة التي يصدر بتحديدها قرار من وزير العدل.

وإلا إستتبع ذلك رفض الأمر بالتنفيذ.

ولم يحدد المشرع زمناً معيناً للإيداع ويتم الايداع بقلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع اذا كان التحكيم داخلياً، وفى قلم كتاب محكمة القاهرة أو قلم كتاب محكمة الاستئناف المتفق عليها إذا تعلق الأمر بتحكيم تجارى دولى، سواء جرى فى مصر أم فى الخارج.

ويتم ايداع جميع الاحكام التى تجرى فى مصر، وتلك التى تجرى فى الخارج، متى كان التحكيم تجارياً دولياً واتفق اطرافه على خضوعه لقانون التحكيم المصرى.

وبداهة فأن احكام التحكيم الوطنى التى تصدر خارج مصر، ولم يتفق الأطراف على سريان قانون التحكيم المصرى عليها فانه يتبع فى شأنها المواد من ٢٩٦ الى ٢٩٩ مرافعات مصرى، وهى لاتتطلب الايداع قبل التنفيذ .

المبحث الثانى
تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى مصر
فى إطار معاهدة نيويورك

تمهيد:

٢٤٠- لما كانت المادة ٣٠١ من قانون المرافعات- والتى اختتم بها المشرع الفصل الخاص بتنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الأجنبية- تقضى بأنه إذا وجدت معاهدات بين مصر وغيرها من الدول بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية، فإنه يتعين اعمال هذه المعاهدات. وكانت مصر قد انضمت إلى اتفاقية نيويورك بشأن أحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها قرار رئيس الجمهورية رقم ١٧١ لسنة ١٩٥٩ . وصارت نافذة ابتداء من ٨ يونية سنة ١٩٥٩، ومن ثم، فإنها تكون قانوناً من قوانين الدولة واجبة التطبيق ولو تعارضت مع أحكام قانون المرافعات.

ومؤدى نص المادتين الأولى والثانية من إتفاقية نيويورك، إعتراف كل دولة متعاقدة بحجية أحكام التحكيم الأجنبية، والتزامها بتنفيذها طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة فيها، والتى يحددها قانونها الداخلى. مالم يثبت للمحكوم ضده فى دعوى تنفيذ حكم التحكيم توافر إحدى الحالات الخمس الواردة على سبيل الحصر فى المادة الخامسة فقرة أولى من الاتفاقية (١) على نحو ماسنرى (٢).

---

(١) نقض مدنى ١٦ يولية سنة ١٩٩٠، س ٤١، ص ٤٢٤، رقم ٢٤٥ .

(٢) مايلى رقم ٢٤٦ ومابعدها

٢٤٠ مكرر- وهنا تبدأ مرحلة جديدة لاحقة على صدور الحكم ومستقلة عنه.وقد اهتمت معاهدة نيويورك (١) التى تعتبر جزءاً لايتجزأ من القانون المصرى، بوضع مبادئ تتعلق بالتحكيم التجارى الدولى، تخص المسائل الرئيسية المتطلبة لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى (٢)، كصحة اتفاق التحكيم، وتشكيل هيئة التحكيم، واجراءات التحكيم، ومدى صلاحية النزاع لحله بطريق التحكيم، واهلية الاطراف، وهذه القواعد يتعين رقابتها، والتحقيق من مدى سلامتها فى مجال تنفيذ حكم التحكيم (٣) الأجنبى، وأى خروج عن هذه الضوابط يعرض حكم التحكيم لمخاطر عدم التنفيذ(٤).

وغنى عن البيان، أن قواعد القانون النموذجى للأمم المتحدة لاتمس أية معاهدة سارية فى الدولة التى اعتنقت هذا القانون (٥).

---

(١) انضمت مصر وسوريا وتونس والمغرب الى المعاهدة، واصبحت نافذة اعتباراً من ٧ يونية ١٩٥٩ .

(٢) وهناك معاهدات اخرى بشأن تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية، ومنها المعاهدة الالمانية البلچكية فى ٣ يونية ١٩٥٨ بشأن الاعتراف والتنفيذ المتبادل لأحكام التحكيم فى المواد التجارية.

Claude Witz et Ralf- Suhulze :
"Le Reunification sur le droit de l'arbitrage".
Rev. Arb. 1991, PP. 606 & 607.

(٣) ويلاحظ ان تنفيذ حكم التحكيم الاجنبى فى اطار القانون النموذجى للأمم المتحدة الصادر سنة ١٩٨٥ - الذى ردد ذلك الاسباب التى تضمنتها معاهدة نيويورك - يكون نافذاً اذا تحقق فى شأنه سبب من اسباب الاعتراف وتنفيذ الحكم، بصرف النظر عن البلد الذى صدر فيه، وحتى ولو لم يكن هذا البلد منضماً الى معاهدة نيويورك، منظوراً الى هذا القانون بوصفه تشريعاً داخلياً، وليس اتفاقاً دولياً، وهو بهذه المثابة يكون اوسع نطاقاً من المعاهدة. (الدكتور حسن محمد البحارنة فى تنفيذ احكم التحكيم الاجنبية، محاضرة مؤتمر القاهرة - الاسكندرية للتحكيم التجارى والبحرى الدوليين خلال الفترة من ١١ الى ١٥ أكتوبر ، ص ٢١).

(4) Bredin la Convention de New York, du 10 Juin 1958 Pour la reconnaissance et l'execution des sentences arbitrales étrangéres. clunt 1960, P. 1002 et s.

(٥) ماسبق رقم ٢٠٦ .

وبحث مشكلة تنفيذ حكم التحكيم لاتطرح الا أمام السلطة المختصة فى الدولة التى يعتبر الحكم المراد تنفيذه ليس وطنياً بالنسبة لها.

وفى هذا الصدد نعرض لنطاق تطبيق اتفاقية نيويورك. وضوابط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى مصر طبقاً للمعاهدة، وهى الضوابط التى يترتب على تخلفها رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه.

نطاق تطبيق المعاهدة :

٢٤١- تتسع اتفاقية نيويورك لتشمل الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم الخاصة. libre ou Ad-Hoc. وكذلك الأحكام الصادرة من تحكيم مؤسسى institutionel ، أى مراكز تحكيم لها صفة الدوام والاستقرار.

وقد رأت الدول المتعاقدة فى إتفاقية نيويورك حداً أدنى لحماية المستفيد من حكم التحكيم، ذلك أن أحكام معاهدة نيويورك لاتخل بصحة الاتفاقيات الجماعية أو الثنائية التى ابرمتها الدول المتعاقدة بشأن الإعتراف بقرارات التحكيم أو بتنفيذها، كما أنها لاتخل من ناحية أخرى بحق أى صاحب شأن فى التمسك بقرار التحكيم بالكيفية وفى الحدود التى يسمح بها التشريع القائم، أو المعاهدات القائمة فى الدولة المطلوب فيها تنفيذ القرار أو الأعتراف به. (مادة ٧ من الاتفاقية).

وهذا النص سبق أن رددته المادة الخامسة من معاهدة جنييف سنة ١٩٢٧، وهو يمثل المعاملة الأكثر صلاحية عند الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم فى معاهدة أخرى، أو قانون مطبق فى البلد المطلوب تنفيذ الحكم فيه.

إذا حدث تنازع بين قواعد اتفاقية نيويورك، وقواعد قانون دولة معينة متعاقدة، فإنه يتم حسمه عن طريق اعمال النص الأكثر صلاحية.

واستناداً إلى هذا المبدأ، انتهى المحكم إلى تفضيل اتفاقية نيويورك عن القواعد الجامدة، والمقيدة فى القانون المصرى لشروط صحة شرط التحكيم(١).

وقد اتجّه رأى إلى أنه اذا طلب أحد الأطراف التنفيذ طبقاً لنص المادة السابعة من اتفاقية نيويورك واستند إلى قانون داخلى أو معاهدة أخرى، فإنه يجب عليه التمسك بهذا القانون أو المعاهدة الأخرى كاملاً، ولايجوز له بعد ذلك أن يحتج أو يتمسك فى هذه الحالة بنص آخر من معاهدة "tout au rien" .

ولكن محكمة استئناف المانيا فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٨٣ لم تتردد فى التطبيق الجامع عند تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى لنصن قانون المرافعات الالمانى ومعاهدة نيويورك كذلك فإن المحكمة الفيدرإلية السويسرية فى ١٤ مارس سنة ١٩٨٤، قدرت أن فكرة الأفضلية قد تقتضى التطبيق المجّزأ morcelée لكل من النظامين، أى المعاهدة والنصوص الأخرى.

وهذا الاتجاه الأخير، يؤدى إلى التناسق التام والضرورى بين المعاهدة الدولية والقوانين الوطنية، حتى ولو تم هذا التطبيق جزئياً لكل منهما (٢).

---

(1) Sentence arbitrale, C.C.I. rendue au Cairo 5 . Avril 1984, Rev . arb. 1986, P. 469.

(2) J.C.I dr international Privé Fasc. 585-2 procédure civile-Fasc. 105-2, P. 7.8. No, 145.

٢٤٢- وقد حددت المادة الأولى من اتفاقية نيويورك نطاق اعمال المعاهدة، فنصت على أنه «تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة فى إقليم دولة غير تلك التى يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين على اقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين اشخاص طبيعية أو معنوية، كما يطبق أيضا على أحكام المحكمين التى لاتعتبر وطنية فى الدولة المطلوب إليها الاعتراف أو تنفيذه هذه الأحكام(١).

وتقضى المادة الثالثة بأن الاعتراف بتنفيذ حكم التحكيم، إنما يكون طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة فى الإقليم المطلوب منه التنفيذ. وذلك تطبيقاً لمبدأ خضوع الاجراءات لقانون القاضى.

٢٤٣- ولكن هل تطبق المادة الثانية فى فقرتها الأولى والثانية - المتعلقة بشكل اتفاق التحكيم- خارج إجراءات الاعتراف والتنفيذ؟

استبعدت أحكام عديدة هامة تطبيق معاهدة نيويورك خارج إجراء الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم.

ومن هذا القبيل، حكم استئناف باريس فى ٢١ فبراير سنة ١٩٨٠. بشأن استئناف بطلان حكم التحكيم الدولى- الذى قضى بأن نصوص معاهدة نيويورك التى تؤدى إلى تسهيل الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، لاتجد محلاً للتطبيق عندما تكون الدعوى المرفوعة أمام

---

(١) ماسبق رقم ٢٣، وأن معاهدة نيويورك، إذا قبلت بطريق غير مباشر فكرة حكم التحكيم الغير وطنى "non national" فإنها لاتتعارض مع فكرة التحكيم المستبعد تماماً من نطاق القوانين الوطنية (I. cl dr. international-Fasc. 586. et s. Procedure civile. Fasc-1054 et s) كما نرى ان المعاهدة تنطبق أيضاً حتى ولو كان النظام القانونى للدولة التى صدر منها حكم التحكيم، لايبيح الطعن فيها بالبطلان.

القضاء لاتهدف إلى تنفيذ الحكم المترتب على التحكيم الدولى (١).

وقد رددت هذا المبدأ، محكمة النقض الفرنسية فى حكميها الصادرين فى ٢٥ مايو سنة ١٩٨٣، ٥ مايو سنة ١٩٨٧ (٢).

٢٤٤- ولكن على أى حال، فإن عبارة نص المادة الثالثة من المعاهدة التى تضمنت قواعد الشكل- فى شأن اتفاق التحكيم- تسمح بأن تمنه له (أى للنص) نطاق يؤدى إلى الاعتراف والتنفيذ، واذا كان النص يشير فى الواقع إلى الاعتراف باتفاق التحكيم، فإن نطاق هذا الاعتراف لايمكن قصره على اتفاق التحكيم بل بهدف الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم.

وتسرى أحكام المعاهدة على المنازعات المشار إليها، سواء كانت هذه المسائل التى نشأت عنها هذه المنازعات مدنية أو تجارية. ومع ذلك، يجوز للدولة المتعاقدة ان تقصر تطبيق القواعد الواردة فى الاتفاقية على المنازعات الناشئة عن روابط القانون التعاقدية، أو غير التعاقدية وفقاً لقانونها الوطنى.

ونتيجة لاختلاف الاجراءات من دولة إلى أخرى، فقد تضمنت المادة الثالثة المشار إليها النّص على تشبيه حكم التحكيم الأجنبى بحكم التحكيم الوطنى (٣) من حيث الاجراءات. فنصت على أنه « لاتفرض للاعتراف، أو تنفيذ أحكام المحكمين التى تطبق عليها الاتفاقية المذكورة، شروط أكثر شدة، ولارسوم قضائية أكثر ارتفاعاً بدرجة

---

(1) Goldman. I. cl. Fasc. 586, 4-dr. international Fasc. 1060. ou Procédure Civle P. 10 No. 35.

(2) Goldman. Op. Cit., P. 10 No. 35.

(3) LOUSSOUARN et BREDIN: Droit du Commerce International, 1969, No. 10.

ملحوظة من تلك التى تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية».

أثر صدور حكم قضائى فى دولة الأصل بتنفيذ حكم التحكيم(١):

٢٤٤ مكرر- رغم أن اتفاقية نيويورك لاتنطبق على أحكام القضاء، فإن إندماج حكم التحكيم فى حكم قضائى صدر فى دولة الأصل (٢) يأمر بتنفيذ حكم التحكيم، فإنه لايحول دون تنفيذ هذا الحكم الأخير فى دولة أخرى خارج الأقليم، ولايقف بالتالى مانعاً دون تنفيذه، وعلى الأخص ان معاهدة نيويورك قد استبعدت فكرة التنفيذ المزدوج Double exequature.

وهذا هو ماحكمت به محكمة هامبورج فى ٢٧ يوليه سنة ١٩٧٨ .

ومع ذلك اتجهت بعض الأحكام فى فرنسا إلى عكس هذا النظر- فى ظل معاهدة جنيف سنة ١٩٢٧- موضحة أن التنفيذ فى هذه الحالة، يتعلق بحكم قضائى، ولايتعلق بحكم التحكيم.

ونرجح الاتجاه الأول، لأن فكرة التنفيذ المزدوج لاتتجاوب مع متطلبات التجارة الدولية، فضلاً عن أن المادة (٣) من الإتفاقية تلزم كل دولة منضمة إليها بالإعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه طبقاً لقواعد الإجراءات فى دولة التنفيذ، والشروط المحددة فى الإتفاقية ، وأن المادة

---

(١) راجع ذلك معروضاً فى الدكتور عصام القصبى. النفاذ الدوى لأحكام التحكيم، ص ١٠٢ وهامش ص١٠٣ .

(2) La convention de Génève de 1927 sur l'éxecution des sentences étrangere organise un mode d'execution d'un double exequature. d'abord ou pays d'origine puis à celui d'exécution.

المشار إليها لاتلقى على عاتق المستفيد سوى الحصول على أصل حكم التحكيم. دون أى إلتزام قانونى آخر.

ضوابط تنفيذ حكم التحكيم الاجنبى:

تمهيد :

٢٤٥- ونعنى بهذه الضوابط، والشروط الواجب توافرها فى حكم التحكيم الاجنبى، للاعتراف به وتنفيذه. والتحقق من واقع التنفيذ.

وعند النظر فى مدى تحقق هذه الظروف الشكلية أو الخارجية المتعارف عليها، لايجوز مراجعة موضوع الحكم ذاته (١) أو التحقق من قيام المحكم بتطبيق أو اعادة تفسير العقود المتنازع عليها أو التحقق من الاتفاقات القانونية. ذلك أن نظام المراجعة لايتمشى مع مقتضيات التجارة الدولية، نظراً لأنه لايوفر الحماية الكافية لعلاقات الأفراد الخاصة الدولية، ويمس الحقوق المكتسبة فى الخارج، كما انه يثير حفيظة الدول الأخرى فى مواجهة الأحكام الصادرة من الدولة التى تعتنقه عندما يراد تنفيذها فى الخارج، وعلى الأخص الدول التى تتطلب شرط التبادل كأساس لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى (٢). ولهذا فإن طلب بطلان حكم التحكيم لايجد محلاً فى اطار معاهدة نيويورك(٣).

وتقتصر سلطة القاضى المصرى فى شأنه على الأمر بتنفيذ الحكم

---

(1) Albert Jan Van : The York Arbitration convention of 1958, Kluwer éd.1981, no. 268, 269. Cass. 10 Mars, 1981, Rev. Arb. 1982, P. 429.

(٢) الدكتور عكاشة عبد العال فى الإجراءات المدنية والتجارة الدولية، ١٩٨٥، ص ,٢٨

(3) Cass. 5 Mai 1987, P. 964 Note Oppetit.

أو رفض التنفيذ، لأن معاهدة نيويورك عهدت بمسألة الصحة والبطلان لمحاكم الدولة التي جرى فيها التحكيم أو لمحاكم الدولة التي طبق قانونها على اجراءات التحكيم.

ولم تحدد المعاهدة مدة يتقادم فيها طلب تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي (١).

ويرتبط بهذا الموضوع، بيان مدى قيام شرط التبادل أو المعاملة بالمثل في ظل المعاهدة.

وفي هذا الخصوص، يجب أن نوضح مدى سلامة الأسباب التي تؤدي إلى رفض التنفيذ، طبقاً للقواعد العامة في المرافعات، في إطار معاهدة نيويورك، ومنها دخول النزاع في الاختصاص الوجوبي للقانون المصري، ءأو تعارض حكم التحكيم الأجنبي مع حكم قضائي مصري.

وأخيراً نتصدى لوقف تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي مؤقتاً من السلطة المطلوب منها التنفيذ.

١- انعدام أهلية الأطراف :

٢٤٦- يجب رفض الاعتراف بحكم التحكيم الاجنبي وتنفيذه، إذا قدم الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، مايثبت ان اطراف التحكيم كانوا

---

(١)ولكن بعض الدول مثل الولايات المتحدة وروسيا أفردت تقادماً خاصاً لطلب تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي. وهو ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم (الولايات المتحدة)، أو من التاريخ الذي يحوز فيه الحكم حجيته (الاتحاد السوفيتي)، والمشرع الوطني إذ يفعل ذلك استناداً الى مايخوله له الاتفاقية من سلطة - على ان القضاء الامريكي ربط هذا النص بأحكام التحكيم الوطنية (الدكتور عصام القصبي. النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، سنة ١٩٩٢، ص٦٧).

طبقاً للقانون الذى ينطبق عليهم- وهو عادة القانون الشخصى- عديمى الأهليّة.

وقد تضمّن القانون النّموذجى للتحكيم التجارى الدولى فى المادة ٣٦ منه، أن رفض التنفيذ مؤسس على أن أحد طرفي التحكيم مصاب بأحد عوارض الأهلية، وهو تعبير افضل، لأنه يتسع ليشمل نقص الأهلية (١).

ويرجع فى شأن أهلية أطراف النزاع إلى قواعد القوانين فى الدولة التى تعتنق أحكام القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، وهذه القواعد تحدد القانون الذى يحكم الأهلية (٢).

٢- عدم صحة اتفاق التحكيم :

٢٤٧- يجب رفض الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبى وتنفيذه إذا قدم الخصم الذى يحتج عليه بالحكم، مايثبت أن اتفاق التحكيم قد شابه عيب يمس صحته وفقاً لقانون الإرادة، أو قانون البلد الذى صدر فيه حكم التحكيم عند تخلف قانون الارادة.

فإذا كان الطاعنان قد تمسكا بعدم جواز تنفيذ حكم المحكمين بمقولة أن عقد الإيجار التمويلى الذى تضمنه شرط التحكيم مخالف لقانون التحكيم السويدى، بوصفه القانون الذى اختاره الأطراف ليحكم العقد

---

(١) وللخصم عندما يزول نقص الأهلية أن ينزل عن البطلان مما يؤدى الى تصحيح الأجراء.

(١) ماسبق رقم (٨٠)، على أن قاعدة التنازع التى تحكم الأهلية قد يشير – كما هو الحال فى الولايات المتحدة – الى قانون مكان الابرام او القانون الذى يحكم العقود بوجه عام ، وفى هذه الحالة يجب الرجوع الى هذه القوانين التى تحكم الأهلية (الدكتور عصام القصبى فى النفاذ الدولى لاحكام التحكيم، ص ٧٦).

الأصلى، الوارد اتفاق التحكيم ضمن بنوده وذلك طبقاً للمادة ١/٥ من اتفاقية نيويورك، ولم يقدما الدليل على القانون السويدى المشار إليه، حتى تتبين المحكمة، على هدى من قواعده، مدى صحة هذا الإدعاء، خلافاً للأصل الذى يفترض فى حكم المحكمين الأجنبى صدوره استناداً إلى اتفاق تحكيمى تتوافر له مقومات وجوده وصحته قانوناً. ومن ثم، فإن حكم التحكيم وقد خلص إلى الاعتداد بوجود الاتفاق على التحكيم معولاً ذلك على شرط التحكيم المدرج بعقد الإيجار التمويلى، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون فى نتيجته.

(نقض مدنى ١٩٩٦/٣/٢٧ الطعن رقم ٢٦٦ لسنة ٥٩ ق مجلة القضاة. السنة (٢٩) العدد الأول ص٤٢٠ رقم ٢٠).

٣- الاخلال بحقوق الدفاع :

٢٤٨- يجب رفض الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبى وتنفيذه إذا قدم الخصم المطلوب التمسك ضده بالحكم، الدليل على أنه يعلن إعلاناً صحيحاً (٢) بالحضور، وبالجلسة المحدّدة للتحكيم، أو بتعيين المحكم، أو

(٢) ويشترط القانون المصرى لتنفيذ حكم التحكيم الاجنبى ان يكون هذا الحكم قد صدر وفقاً لاجراءات صحيحة. فقد نصت المادة ٢/٢٩٨ انه لايجوز الأمر بالتنفيذ الا بعد التحقيق من ان الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.

ومفاد نص المادة (٢٢) من القانون المدنى، خضوع قواعد المرافعات لقانون القاضى وذلك باعتبار ان القضاء وظيفة من وظائف الدولة يؤديها طبقاً لقواعد المرافعات المقررة فى قانونها دون قانون المرافعات فى اى دولة اخرى، وباعتبار ان ولاية القضاء اقليمية بما يوجب أن تكون القواعد اللازمة لمباشرته هى الأخرى إقليمية.، وإذ ثبت من الترجمة الرسمية لحكم التحكيم، أنه قد تأكد لدى المحكم استلام الطاعنة لطلب الحضور الذي أرسلته لها، وتخلفها عن الحضور دون عذر مقبول، فإن مااشترطته المادة الخامسة «ب» من اتفاقية نيويورك - الواجبة التطبيق - لرفض طلب تنفيذ الحكم الاجنبى من تقديم الدليل على عدم اعلان للمحكوم ضده إعلاناً صحيحاً، بتعيين المحكم أو باجراءات التحكيم. وأنه قد استحال عليه لسبب آخر تقديم دفاعه. يعدم من قواعد المرافعات التى تخضع لقانون القاضى=

باجراءات التحكيم، أو استحال عليه لسبب أو لآخر أن يقدم دفاعه.

٤- مخالفة تشكيل هيئة التحكيم أو اجراءات التحكيم :

٢٤٩- يجب رفض الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبى وتنفيذه، إذا قدم الخصم الذى يحتج عليه بالحكم، مايفيد أن تشكيل هيئة التحكيم أو اجراءات التحكيم مخالف لقانون الإرادة، أو مقر التحكيم عند تخلف قانون الإرادة.

وقد ردد القانون النموذجى هذا المبدأ كمانع من موانع التنفيذ.

وبدل نص المادة ١/٢، والمادة ٢/١ من اتفاقية نيويورك ، علي أن اتفاق التحكيم الدولي يعد صحيحاً وقابلاً لاحداث أثاره القانونية، بما في ذلك استبعاد ولاية القضاء الوطني، ولو لم يقم اطرافه المتحكمين انفسهم بإختيار أو تسمية المحكمين باشخاصهم فيه ، متي كان في هذا الإتفاق ما يشير صراحة أو ضمناً الي انصراف إرادة أطرافه الي الإحالة الي هيئة تحكيم دائمة يتم اختيار المحكمين عند قيام النزاع. وفقاً لقواعدها . وهو ما لم تتطلب الاتفاقية بشأنه أسلوباً معيناً من التعبير للدلالة عليه .

(نقض مدني ١٩٩٦/٣/٢٧ - القضاء - السنة ٢٩ ع (١) ص ٤٢١).

٥- ألا يكون حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام فى بلد التنفيذ:

لايجوز الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى متى تعارض مع

= (نقض مدنى ١٦ يولية سنة ١٩٩٠. مجموعة المكتب الفنى س ٤١ ص ٤٣٤ رقم ٢٤٥).

وينلط بالمحكمة المختصة باصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين التحقق من توافر شروط الإعلان.

النظام العام بمفهومه الدولى فى بلد التنفيذ.

وهذا السبب اشترطه أيضاً القانون المصرى كما اعتبره سبباً من أسباب دعوى البطلان.

ويجب أن يفسّر النظام العام فى مجال التحكيم التجارى الدولى تفسيراً ضيقاً، وبشئ من المرونة التى تتمشى مع حاجات التجارة الدولية، بحيث لايقف عقبة فى سبيلها (١)، أو على حد تعبير القانون النموذجى للأمم المتحدة، ان يكون الحكم المراد تنفيذه مخالفاً للسياسة العامة فى دولة التنفيذ(٢).

وقد أكد الصادر من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية فى الدوعى رقم ١٣٩٧ لسنة ١٩٦٩ (٣) ان النظام العام فى الإطار الضيق (٤) بالنسبة للعقد المبرم من الدولة لايعنى إلا المسائل التى تخص السلطة العامة "La puissance publique"، أى عندما يمس حكم التحكيم المصلحة الوطنية العامة فى الدولة التى يراد التنفيذ فيها باضرار جسيمة.

وتتطلب اتفاقيات التحكيم بوجه عام وجوب مراعاة هذا الشرط فى بلد التنفيذ، ومن هذا القبيل، الأحكام التى تصدر من المركز العربى للتحكيم الدولى فى الرباط- الذى تم إنشاؤه بمقتضى اتفاقية عمان فى ١٤ أبريل سنة ١٩٨٧- يكون تنفيذها فى إحدى الدول

---

(1) Carabiber, l'exéction des sentences arbitrales. Rev. arb . 1964. P.8.

(٢) الدكتور محمد حسين البحارثة فى تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لدى دول الخليج فى مؤتمر القاهرة الاسكندرية خلال الفترة من ١١ لى ١٥ اكتوبر سنة ١٩٩٢ ص ٢١ .

(3) Clunet 1974, P. 9200. obs . Y.D.

(4) Rev. arb. 199. no. 4.

الأعضاء بمعرفة المحكمة العليا لكل دولة متعاقدة وهى لاتستطيع أن ترفض التنفيذ إلا بسبب مخالفته للنظام العام (١).

وقد حكم بأن بطلان العقد لقيامه على شرط إرادى Clause potestative لايتعلق بالنظام العام الدولى ولايقف عقبة فى سبيل تنفيذه(٢).

وخطأ التطبيق من جانب المحكم. سواء كان ظاهراً أو مؤدياً إلى محو أساس الحكم ذاته، لايعتبر من النظام العام الدولى(٣).

وذهبت محكمة النقض الفرنسية أن عيب المسخ ليس من النظام العام الدولى (٤).

كما حكم بأن قرار التحكيم الذى يقضى بفسخ بيع علامات دون الاهتمام بالنصوص الخاصة بتصريح الحكومة باستغلال هذه العلامات يعتبر مخالفاً للنظام العام الدولى (٥).

٢٥. – أن مهمة المحكم الدولى هى ضمان إحترام النظام العام الدولى(٦)

Assurer Le respect de l'ordre Public international

على أنه ينبغى التفرقة بين مبادئ النظام العام Les principes d'ordre public ، وقواعد النظام العام (les régles d'ordre public).

---

(١) ويكون الطعن الوحيد ببطلان الحكم أمام مركز التحكيم ذاته.

(2) Sentence. chambre de com. clunet 1982. P. 978.

(3) 13. Oct. 1981. Rev. arb. 1983. P. 63.

(4) Civ. 10. Mars 1981. Bull civ. no. 82.

(5) Paris 5 Avril 1990, Rev . Crit. 1991. P. 580 Note Kessedjian.

(6) Note Laurence Idot. sous Cour d'Appel de Paris 9 Mars 1991, Rev. Arb 1991, P. 484, No. 12.

وفى الواقع، فإن الأولى، كما هو الحال بالنسبة لمبدأ حسن النية تنتمى إلى نظام عام دولى حقيقى Un ordre Public Veritblement international أو عبر الدول Transnational. وللمحكم سلطة إهدار السلوك المخالف لحسن النية الذى يجب أن يتبوأ الصدارة فى علاقات التجارة الدولية. أما قواعد النظام العام، مثل قواعد قانون المنافسة، فهى لاتعبر فى الغالب إلا عن نظام عام خاص بدولة معينة. وكذلك مجموعة الدول بالنسبة لقانون المجموعة أو المشترك(١).

فإذا أمكن القول دون صعوبة أن مهمة المحكم الدولى هى احترام النظام العام الدولى الحقيقى، فإن هذا الأخير يضم النظم العامة الدولية، كما هى مفهومة فى دول معينة. ويبدو أن هذه المهمة تفرض كذلك على قاضى الدولة الذى يحتمل أن يراقب بطلان حكم التحكيم.

٢٥١- ويجب مراعاة، أن تغيير مراكز الأطراف بتاريخ لاحق على حكم التحكيم الأجنبى، لايؤدى إلي الاحتجاج بالدفع بالنظام العام (٢).

ويشترط لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى أن يكون موضوع النزاع لايخالف نصاً يتعلق بالنظام العام (٣) ، ويكون الفصل فيه متوقفاً على تطبيق هذا النص، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية (٤) بأنه إذا كانت هناك مخالفة فى العقد الأصلى (وكان

---

(١) أن قابلية هذه المنازعات المتعلقة بقانون المنافسة وقانون المجموعة، لم تعد تثير مشكلة على الأقل فى فرنسا.

La note précitée, P.484, No. 10 Paris 20 Janr. 1989 Cité par Goldman I. Cl. dr international Fasc. 586. 3p . 12 no 50.

(2) Cass. Civ. 2 Juin 1987, Bull. civ. 1, No . 174.

(٣) الدكتور محسن شفيق: التحكيم التجارى الدولى، دراسة فى قانون التجارة الدولية، الدراسات العليا فى القانون الخاص ١٩٧٣-١٩٧٤ ، ص ١٠٨ .

(٤) نقض فرنسى ٢ ديسمبر ١٩٦٤ مشار اليه فى المرجع السابق للدكتور محسن شفيق، ص ١٠٨ .

بيعاً دولياً) خاضعاً، لأحكام الرقابة على النقد (وهى تتعلق بنص من النظام العام)، فإن الإتفاق على التحكيم لايكون محظوراً، إذا كان موضوعه (أى محل النزاع)، لايتعلق بهذه المخالفة، إنما يتعلق بتحديد ما إذا كان المُدّعَى عليه قد قام بتنفيذ مايفرضه عليه القانون من التزامات، وحقّ المُدّعَى عليه فى طلب التعويض بسبب التخلف عن التنفيذ.

وإذا كان حكم التحكيم المراد تنفيذه يتعارض مع النظام العام فى دولة التنفيذ فى شق منه، فإنه يجوز التنفيذ الجزئى (١) للحكم فى الشق الذى لايتعارض مع النظام العام، طالما أنه من الممكن الفصل بينه وبين الجزء المتعارض مع النظام، ولايوجد أى نص فى قانون الإجراءات المدنية فى هذه الحالة يحول دون التنفيذ الجزئى (٢) ، (٣).

أما إذا كان الفصل بينهما مستحيلاً، أو متعذراً، فإنه لامفر من رفض تنفيذ حكم التحكيم برمته، لأن هذا الشق لاينفصل عن جملة الإتفاق (٤).

٢٥٢- ولما كانت قيمة الفوائد الإتفاقية المحددة بمعرفة الأطراف قد

---

(١) وبالمثل إذا تعدد المدعى عليهم الذين كانوا أطرافاً فى إتفاق التحكيم، وكان أحدهم عديم الأهلية وفقاً لقانونه الشخصى، فإن الحكم الصادر، يجوز تنفيذه بالنسبة للمدعى عليهم الآخرين، ويمتنع تنفيذه بالنسبة لعديم الأهلية متى قدم هذا الخصم الأخير للسلطة المطلوب اليها الإعتراف والتنفيذ، الدليل على أنه كان عديم الأهلية. ولايجوز لغير عديم الأهلية أو ناقصها التمسك بذلك.

(2) Cass. Civ. 28 Avril 1987 Bull. Civ. I, No. 128.

(٣) وبهذا قضت محكمة چورچيا فى ١٨ يناير سنة ١٩٨٠ بتنفيذ شق من حكم التحكيم الذى ألزم الطرف الخاسر بمبلغ الدين وفوائده ونسبة ٥٪ بمثابة غرامة تهديدية، وقد رأت المحكمة أن هذه النسبة الأخيرة تعد بمثابة عقوبة جنائية مخالفة لقوانين الولايات المتحدة (ماسبق رقم ٢٠٠ والهامش).

(٤) نقض مدنى ١٩٨٧/١١/١٩ فى الطعن رقم ١٤٧٩ لسنة ١٩٥٣ ق (غير منشور).

تصطدم بنص من قوانين البوليس، فإن نطاق تطبيقها فى هذه الحالة، لايتوقف على إرادة الأطراف التى لايكون لها إمكان استبعاده باخضاع عقدهم إلى قانون آخر. عندئذ، يجب على المحكم أن يراعى فى حكمه احتساب الفوائد القانونية فى إطار قانون الدولة التى أصدرت تحديد هذه القيمة (١). والحل النهائى الواجب الإعتداد به فى مسألة تحديد قيمة الفوائد، هو مراعاة نصوص النظام العام أو قوانين البوليس المحتمل تدخلها فى لحظة تنفيذ حكم التحكيم (٢).

٢٥٣- وإذا كان الأصل أن مسألة القوة التنفيذية لحكم التحكيم لاتخضع لاختصاص المحكم، وأنه لهذا السبب لايمكن أن يفصل فيها(٣).

إلا أن هذا الموقف لايمكن الالتزام به على إطلاقه (٤).

فالمحكم لايمتنع عليه قبل تحرير حكمه، أن يكون لديه قدرٌ من العلم بمكان التنفيذ المحتمل Une Certaine idée du lieu d'exécution probable وأن يأخذ هذا المكان بعين الاعتبار. فإذا كان قانون مكان التنفيذ يشترط التسبيب، وجب على المحكّم أن يراعى ذلك.

---

(1) Sentence rendue dans l'afffaire No. 6142 en 1990. C.C.I., Clunet 1990, P. 1039 et s. Spec P. 1054, Note Y. D.

(2) Observations Sous Sentence rendue dans lAffaire 5904 en 1989, Clunet 1989, P. 1113.

وتجرى أحكام التحكيم فى الغالب - عند تخلف الإتفاق على قيمة الفوائد - على إعتناق الحل التقليدى المتعلق بتحديد قيمة الفوائد، طبقاً للقانون الواجب التطبيق. واتجهت بعض أحكات التحكيم الى الإعتداد بقانون بلد الدائن بالنسبة للفوائد القانونية. باعتبار أن الضرر إنما يتركز فى هذا المكان.

BATIFFOL : Reper. Dalloz. Int. V. Conventions et contrats No. 138.

Toubiana : Les domaine de la loi du contrat, P. 117.

(3) Sentence No. 2476 en 1976, C.C.I Clunet 1977, P. 936.

(4) FOUCHAD : Arbitrabilité des litiges et propriété industrielle, Rev. Arb 1977, P. 66.

وهذا هو ما اعتدت به محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية(١)، التى أثارت فى حكمها فكرة النظام العام لكل الدول التى يهمها النزاع أو يعنيها.

ولهذا يرى بعض الفقه (٢) ضرورة أن تكون هيئة التحكيم قد راعت فى حكمها القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد تنازع القوانين فى دولة التنفيذ، إذا كانت المنازعة مما يدخل فى الاختصاص التشريعى لدولة التنفيذ طبقاً لقواعد القانون الخاص فيها، أو تكون هيئة التحكيم قد توصلت إلى النتيجة ذاتها التى يؤدى إليها تطبيقها، ولامجال هنا لتدخل فكرة النظام العام.

وفى القانون الفرنسى، لايراجع قاضى التنفيذ ولايبحث نظام تنازع القوانين المطبق بمعرفة المحكم (٣).

ويجب على سلطة التنفيذ أن تأثمر من تلقاء نفسها. برفض التنفيذ متى كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام بالمفهوم السابق(٤).

٦- تجاوز المحكم حدود اتفاق التحكيم أو فصله فى مسألة، لم يتم الاتفاق على التحكيم بشأنها:

٢٥٤- نصت المادة (٥) بند ج من اتفاقية نيويورك على أنه يجوز

---

(1) Sentence No 4604 en 684, C.C.I., Clunet 1985, PP. 981 et s., spés. P. 985. note Y.D.

(2) الدكتور عز الدين عبد الله: القانون الدولى الخاص، جـ(٢) ، ١٩٧٧، ص ٩٦٤ .

(3) Fouchard l'arbitrage commercial international P. 380.

(٤) ولايكفى فى ذلك تعارض الحكم من حيث التنفيذ مع أية قاعدة قانونية. ولو كانت آمرة مادامت غير متعلقة بالنظام العام. (الطعن رقم ٨١٥ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٠).

رفض الاعتراف وتنفيذ حكم المحكم إذا أثبت المحكوم عليه أن قرار التحكيم قد عالج نزاعاً غير وارد فى مشارطة التحكيم، أو اتفاق التحكيم أو تجاوز حدودها فيما تم القضاء فيه.

بمعنى أن المحكّم يجب أن يلتزم بنطاق الخصومة المعروضة عليه (١):

ومع ذلك، يجوز الاعتراف، أو تنفيذ جزء من الحكم الخاضع للتسوية بطريق التحكيم، إذا أمكان فصله عن باقى أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق.

وهذا المبدأ نص عليه أيضاً القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى.

ومدى إمكان هذا الفصل خاضع لتقدير سلطة التنفيذ.

٧- رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى مصر لأسباب يتعلق بالحكم ذاته:

٢٥٥- أجازت معاهدة نيويورك (م٥ «هـ») رفض تنفيذ حكم التحكيم بناء عليه طلب الخصم الذى يحتج به عليه، إذا قدم للسلطة المختصة فى مكان التنفيذ، أن الحكم لم يصبح ملزماً للخصوم، أو ألغته، أو أوقفته السلطة المختصة فى البلد الذى صدر فيه، أو صدر بمقتضى قانونه.

وإلغاء الحكم يتماثل مع بطلانه فى النتيجة والأصل أنه لايعتد بالحكم الذى قضى ببطلانه (مايلى رقم ٢٧٠).

---

(١) على أنه يجب ألا تتوغل سلطة تنفيذ حكم التحكيم - فى سبيل بيان مايدخل فى حدود النزاع أو مايخرج عنه - الى المراجعة الموضوعية لهذا الحكم (راجع د. عصام القصبى فى النفاذ الدولى لحكم التحكيم ١٩٩٣، ص٨٥).

وطبقاً لقواعد القانون النموذجى للأمم المتحدة، أن حكم التحكيم يعتبر ملزماً بمجرد صدوره.

فما هو المقصود من نص معاهدة نيويورك؟

الرأى الراجح أن حكم التحكيم الأجنبى يعتبر نهائياً (١) بصيرورته قطعياً. أى فاصلاً فى النزاع، الذى يكسبه حجية ملزمة، وفقاً لقانون البلد الذى صدر فيه الحكم (٢)، واستقرت حقيقته استقراراً جامعاً مانعاً.

وهذا الشرط يتطلبه أيضاً التشريع المصرى لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى، لأن من شأنه أن يوفر الاستقرار اللازم، ويتفادى المخاطر التى قد تترتب على إلغاء الأحكام غير النهائية فى البلد الذى صدر فيه.

ويقع على عاتق المحكوم ضده، أن يثبت أن الحكم لم يصبح نهائياً بالمعنى السابق بيانه (٣).

ولما كانت النهائية، يعتد بها وفقاً لقانون البلد الذى صدر فيه حكم التحكيم. ومن ثم، فإن هذا الحكم يعتبر ملزماً وينفذ فى حالة، دون أخرى طبقاً لقانون البلد الذى صدر فيه.

---

(١) وفى نطاق إتفاقية واشنطون سنة ١٩٦٥ المتعلقة بالمركز الدولى لتسوية منازعات الإستثمار، تعتبر أحكام التحكيم الصادرة من المركز نهائية، وتعتبر بمثابة أحكام وطنية صادرة من محكمة على إقليمها، أى محكمة مختصة فى الدولة التى يتم فيها الإعتراف بالحكم وتنفيذه، وأنه لايجوز الإعتراض على التنفيذ حتى على أساس النظام العام.

(الدكتور جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولى لتسوية منازعات الإستثمار. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، بمناسبة اليوبيل الذهبى ص ٦٨١،٦٨٠).

(2) CARABIBER- L'arbitrage international de droit privé. P. 124.

(٣) وقد أجازت سويسرا النزول عن كل طعن بالبطلان ضد حكم التحكيم الدولى الصادر على إقليمها متى انتفت المصالح السويسرية فى النزاع.

وطبقاً لنظام غرفة التجارة الدولية. يكون حكم المحكمين نهائياً، ويلتزم الأطراف، نتيجة إخضاع نزاعهم لتحكيم غرفة التجارة الدولية، تنفيذ الحكم الذى يصدر دون إبطاء. وبتنازلهم عن طرق الطعن التى يجوز لهم التنازل عنها قانوناً (١).

وطبقاً لنص المادة ١/٥٢ من قانون التحكيم المصرى الجديد، لاتقبل أحكام التحكيم التى تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن فى قانون المرافعات المدنية والتجارية (٢).

وغنى عن البيان، أن مجرد تقديم طلب بطلان حكم التحكيم، أو إلغائه، أو وقف تنفيذه فى الدولة التى صدر فيها، لايعتبر سبباً لرفض طلب التنفيذ. إذ أن موانع التنفيذ وردت على سبيل الحصر.

ومع ذلك ، قضت محكمة النقض الفرنسية فى ٩ أكتوبر ١٩٨٤، بأن قاضى التنفيذ يختص بأن يبحث، ولو من تلقاء نفسه، طبقاً لنص المادة ١٢ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد، ما إذا كان حكم التحكيم غير قابل للتنفيذ طبقاً للقانون الفرنسى، رغم أنه قد تم القضاء ببطلانه فى دولة الأصل (٣).

٨- عدم قابلية النزاع للتحكيم :

٢٥٦- يجب رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى إذا كان قانون مكان التنفيذ لايجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم، بمعنى

---

(١) مادة ١/٤ ، ٢ من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية فى أول يناير ١٩٨٨ .

(٢) راجع ماسبق رقم ٢٣٤ .

(3) Cass. cw. 9. oct. 1984. clunet 1985. P. 679. Note Kahn. Rev . arb. 1985. P. 431 Note Golman.

أن يكون الحكم قد صدر فى حالة مما لايجوز التحكيم فيها من الناحية الموضوعية طبقاً لقانون الدولة التى يراد الاحتجاج بالحكم على إقليمها.

مع مراعاة أنه عند التنفيذ يكون التلازم قائماً دائماً بين القابلية للتحكيم بوصفه شرطاً لصحة اتفاق التحكيم، والقابلية للتحكيم بوصفه شرطاً للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، وأنه لايمكن الفصل بين الأمرين (١).

ويلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة الخامسة من الاتفاقية تقضى بأنه يجب على سلطة التنفيذ المطلوب منها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى أن تقضى من تلقاء نفسها، ودون طلب من الخصوم برفض تنفيذ الحكم فى حالة ما إذا فصل حكمل التحكيم فى مسألة مما لايجوز فيها التحكيم طبقاً لقانون مكان التنفيذ، أو إذا كان الحكم مخالفاً للنظام العام فى بلد التنفيذ (٢). ولايجوز لسلطة التنفيذ أن تأمر فى غيرها هاتين الحالتين من تلقاء نفسه برفض التنفيذ.

٩- سبق صدور حكم من المحاكم المصرية مانع من التنفيذ:

طبقاً لقانون التحكيم المصرى الجديد لايجوز تنفيذ حكم التحكيم إلا بعد التحقق من أنه لايتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية فى موضوع النزاع، وذلك لتعلق أحكام الحجية فى القانون المصرى بالنظام العام.

---

(١) ماسبق رقم ١٩٧ ومابعده.

(٢) ماسبق رقم ٢٠٠ ومايلى رقم ٢٦١ .

وليس من اللازم أن يكون حكم التحكيم قد شمله الأمر بالتنفيذ مادام قد استوفى فى حد ذاته الشروط اللازمة لمنحه الأمر بالتنفيذ(١).

أسباب رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى وردت على سبيل الحصر:

٢٥٧- لما كانت أسباب رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى مصر طبقاً لمعاهدة نيويورك، وردت على سبيل الحصر، فلا يجوز لقاضى دولة التنفيذ إضافة سبب جديد لوقف التنفيذ لم يرد بين أسباب وقف التنفيذ التى أشارت إليها المعاهدة.

كما لايستطيع قاضى دولة التنفيذ فى إطار معاهدة نيويورك مراقبة إختيار القانون المطبق على موضوع النزاع بمعرفة المحكم (٢).

شرط التبادل أو المعاملة بالمثل:

٢٥٨- تجيز الفقرة الثالثة من المادة الأولى للدولة عن انضمامها للإتفاقية أن تتحفظ، فتقصر نطاق تطبيقها على الاعتراف أو التنفيذ للقرارات التى تصدر فقط فى إقليم دولة أخرى متعاقدة.

---

(١) مايلى رقم ٢٦٦ .

(2) Fouchard. l'arbitrage commercial- ap. cit.t, P. 380.

وهو يشير الى أن قاضى التنفيذ - فى القانون الفرنسى - لايرجع الحكم من حيث الموضوع، كما لايبحث ولايراقب نظام تنازع القوانين المطبق بمعرفة المحكم لتحديد القانون المختص بحكم العلاقة، فقرار المحكم بمنأى عن كل مراجعة.

وهذا هو ماذهبت اليه محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٦ يولية ١٩٩٠ من أن القاضى لايملك عند الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين التحقق من عدالتها أو صحة قضائها فى الموضوع، لأنه لايعد هيئة استئنافية فى هذا الصدد.

(مجموعة المكتب الفنى الدائرة المدنية ص ٤٣٤ رقم ٢٤٥)

وهنا يحق للدول الأخرى معاملة الدولة المتحفظة بالمثل.

ولاشك أن مبدأ التبادل. أو المعاملة بالمثل، يعتبر متحققاً فى شأن أحكام المحكمين الصادر من الدول الأعضاء فى إتفاقية نيويورك.

ومؤدّى هذا الشّرط أنه إذا كان البلد الأجنبى- المنصم إلى معاهدة نيويورك - الصادر فيه حكم التحكيم المطلوب تنفيذه فى مصر يشترط لتنفيذ حكم التحكيم المصرى، حتى تنتج آثاره، رفع دعوى جديدة يقدم فيها الحكم المصرى، بوصفه دليلاً قاطعاً أو قرينة بسيطة، وجب على القاضى المصرى، الذى يطلب منه تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى مصر ذات المعاملة التى يلقاها حكم التحكيم المصرى فى الخارج.

أما إذا كانت الدولة الأجنبية، التى صدر فيها حكم التحكيم الأجنبى، تكتفى بمراقبة حكم التحكيم المصرى، فيجب أيضاً على المحاكم المصرية أن تكتفى بمراقبة التحكيم الأجنبى.

وسواء كانت مصر تطبق نظام المراقبة أو المراجعة، إعمالاً لمبدأ المعاملة بالمثل، فإنه يمتنع عليها تعديل موضوع الحكم، وليس لها إلا أن ترفض التنفيذ أو تجيزه.

ولما كانت مصر لم تبد أى تحفظ عند إنضمامها إلى إتفاقية نيويورك بشأن شرط التبادل، فإنه يمكن أن يكون الطرف الأجنبى فى إتفاق التحكيم منتمياً إلى دولة غير منضمة لاتفاقية نيويورك، أى ليست عضواً فيها، ويجوز بالتالى تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة فى إقليم دولة غير متعاقدة داخل مصر.

وعدم إبداء مصر أى تحفظ بشأن شرط التبادل أو المعاملة بالمثل

فى تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على النحو المتقدم، يتمشى مع الأصل العام المنصوص عليه فى المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات، ويمثل أساساً قوياً للثقة فى أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة فى منازعات التجارة الدولية، وبهذا يكون المشرع المصرى متقدماً عن غيره من كثير من مشرعى الدول الأخرى، حيث يمنع بعض المشرعين تنفيذ هذه الأحكام تنفيذاً مطلقاً، ويجيز بعضهم تنفيذها فى نطاق ضيق عند وجود معاهدة دولية تنظم ذلك، وفى حدود الأطراف الذين ينتمون إلى دول منضمة للمعاهدة.

ولايهم فى تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى مصر، أن يكون المنفذ ضده مصرياً، أو أجنبياً، ذلك أنه من المقرر أن اتفاقية نيويورك لاتتقيد بجنسية الأطراف فى اتفاق التحكيم أو فى حكم التحكيم (١) ، فقد طبقت محكمة استئناف باريس (٢) ومحكمة النقض الفرنسية (٣) إتفاقية نيويورك لتنفيذ حكم فى فرنسا صادر من فينا دون أن تعتد، بحق، بكون المستفيد من الحكم مشروعاً تركياً.

وقد تحفظت فرنسا فيما يتعلق بالمادة ٣/١ من اتفاقية نيويورك نيويورك، معلنة تطبيق الاتفاقية إستناداً إلى مبدأ التبادل أو المعاملة بالمثل بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة فقط فى إقليم دولة أخرى متعاقدة (٤) كما تمسكت بهذا التحفظ كل من البحرين والكويت، ولم تحتفظ كل من إيطاليا، وكندا واستراليا، بشأن مبدأ المعاملة بالمثل مما يؤدى إلى إعمال القواعد الاتفاقية فى

---

(1) Fouchard J.cl. de dr. international - Fasc- 585-2 Procedure civile. Fasc. 105. No. 129 P. 4.

(2) Paris. 19 Nov. 1982. Rev. Arb. 1983. P. 45.

(3) Cass. civi. 19 Oct. 1984. Rev. Arb. 1985. P. 31. note Goldman.

(4) Fasc. 585. 2- Procédure civile. 1002. P.5 No. 134.

قوانينها، ويكملها القواعد الوطنية للإجراءات والاختصاص القضائى.

ويجب مراعاة أن مبدأ التبادل لاينصب إلا على شروط الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الصادر فى الخارج، ولايمتد إلى حكم المادة الثانية من المعاهدة بالقدر الذى ينطبق فيه القواعد المادية خارج أى إجراء يتعلق بالإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم (١).

ونضيف فى هذا الخصوص، مانصت عليه المادة ٣٥ من قواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، من أن قرار التحكيم يكون ملزماً «بصرف النظر عن البلد الذى صدر فيه» وهذا يدل على أن القواعد المذكورة قد هجرت مبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة للدولة التى تأخذ بأحكام القانون النموذجى، وتعتبره قانوناً لها فى كل أو بعض أحكام تشريعها الوطنى فيما يتعلق بالتحكيم التجارى الدولى(٢).

مدى إمكان تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى مصر لدخول المنازعة التى صدر فيها حكم التحكيم فى الإختصاص الوجوبى أو القاصر للقضاء المصرى:

٢٥٩- تقضى القواعد العامة بأنه يشترط لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى ألا تكون المنازعة التى صدر فيها الحكم، تدخل فى الاختصاص الوجوبى أو القاصر المصرى (مكان التنفيذ)، كأن تكون المسألة متعلقة باتخاذ إجراء وقتى أو تحفظى فى مصر، تخرج عن ولاية هيئة

(1) Fouchard. J. cl.op.cit., P.5 No. 135.

وماسبق رقم ٥١،٥٢ .

(٢) الدكتور حسن محمد البحارثة فى تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، مؤتمر القاهرة، الإسكندرية خلال الفترة من ١١ الى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٩٣، ص ١٤ .

التحكيم، حيث ينفرد القضاء المصرى وحده بالتّصدّى لهذه المسألة، التى تعتبر من قوانين البوليس والأمن.

أما إذا كانت المسألة التى حسمها حكم التحكيم تدخل فى الاختصاص المشترك بين القضاء والتحكيم، فالأصل أنه يجوز تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى شأنها متى توافرت سائر الشروط الأخرى.

ولكن هذا المبدأ لايسرى فى إطار معاهدة نيويورك وكذلك معاهدة تنفيذ الأحكام الأجنبية التى أصدرها مجلس جامعة الدول العربية. فقد قضت محكمة المنقض المصرية (١) بأنه: لما كانت المادة ٣٠١ من قانون المرافعات- والتى اختتم بها المشرع الفصل الخاص بتنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الأجنبية- تقضى بأن العمل بالقواعد المنصوص عليها فى المواد السابقة لاتخل بأحكام المعاهدات المعقودة، أو التى تعقد بين الجمهورية وغيرها من الدول، وكانت جمهورية مصر قد وافقت بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٤ على اتفاقية تنفيذ الأحكام التى أصدرها مجلس جامعة الدول العربية ثم أودعت وثائق التصديق عليها لدى الأمانة العامة للجامعة بتاريخ ١٩٥٤/٤/٢٥، كما صادقت عليها جمهورية العراق فى ١٩٥٧/٧/٣، فإن أحكام هذه الإتفاقية تكون هى القانون الواجب التطبيق على واقعة الدعوى لما كان ذلك، وكانت المادة الثانية من تلك الإتفاقية التى بينت الأحوال التى يجوز للسلطة القضائية المختصة فى الدولة المطلوب منها التنفيذ أن ترفض تنفيذ الحكم، لم تتضمن نصاً ممثلاً لنص المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات يحول دون الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى إذا كانت محكمة القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ مختصة بنظر النزاع الذى صدر

---

(١) الحكم الصادر فى الطعن رقم ٥٥٨ لسنة ١٩٥٥ جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩ - المحاماة - السنة (٧٠) - يناير - فبراير سنة ١٩٩٠ .

فيه ذلك الحكم، فإن الحكم الصادر من إحدى الدول التى انضمت إلى الاتفاقية المشار إليها، يكون واجب التطبيق إذا توافرت فيه الشروط المنصوص عليها فى تلك الإتفاقية حتى ولو كانت المحاكم المصرية مختصة نظر المنازعة التى صدر فيها هذا الحكم».

ومن ثم، فإن القيد المتعلق يكون النزاع داخلاً فى نطاق الإختصاص المانع للمحاكم المصرية لم يعد له وجود، لأنه «يتعارض صراحة مع التنظيم الذى أتت به معاهدة نيويورك ومعاهدة جامعة الدول العربية. ويجب تطبيق هاتين المعاهدتين بالأولوية على قواع قانون المرافعات المصرى (١) بالنسبة للمركز القانونى التي تنظمة المعاهدتان، وهما تجيزان رفض أحكام التحكيم الأجنبية لأسباب محددة على سبيل الحصر، ليس من بينها اختصاص المحاكم المصرية بنظر النزاع الذى صدر فيه حكم التحكيم سواء أكان الاختصاص مشتركاً أم قاصراً. ويؤكد هذا النظر ماقضت به المادة ٢/٢ من اتفاقية نيويورك، من أنه إذا ثار نزاع أمام محاكم إحدى الدول لأعضاء، فإنه يتعين عليها أن تحيله إلى التحكيم حتى ولو كانت المحاكم مختصة به، متى كان الأطراف قد اتفقوا على التحكيم فى خصوص هذا النزاع».

وهذا الاتجاه يؤدى إلى تسهيل المعاملات فى مجال التجارة الدولية، ويحول بين الخصم سئ النية وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى مصر، بدعوى أن الأختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية،

---

(١) وفى مصر، عالج المشرع التعارض المحتمل بين المعاهدة والتشريع فنص فى المادة ٢٣ من القانون المدنى على أنه لاتسرى أحكام المواد السابقة إلا حيث لايوجد نص على خلاف ذلك فى قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة فى مصر. وعلى ذلك، إذا تعارضت أحكام المعاهدة فى مسألة معينة، مع أحكام تضمنها تشريع سابق أو لاحق. طبقت المعاهدة بالنسبة للمركز القانونى التى تنظمه. وإذا ألغيت المعاهدة، استرد القانون نفاذه.

أى دولة التنفيذ.

طلب تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى وفقاً للمعاهدة :

٢٦٠- لم تحدّد المعاهدة الإجراءات الواجبة الاتباع للاعتراف بحكم التحكيم الأجنبى أو تنفيذه، تاركة هذه المسألة لقانون الدولة التى يجرى الاعتراف بالحكم وتنفيذه على إقليمها، تطبيقاً لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى (١). بمعنى أن حكم التحكيم الأجنبى يتم تنفيذه وفقاً للإجراءات المقررة فى القانون المصرى متى كان الحكم المذكور ينفذ فى مصر.

وتنص المادة ٢/٥٨ بند «أ» من قانون التحكيم المصرى الجديد على أنه لايجوز تنفيذ حكم التحكيم إلا بعد التحقق من أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

وألزمت المادة الرابعة من الاتفاقية طالب التنفيذ، أن يرفق بطلبه الأصل الرسمى لحكم التحكيم أو صورته الرسمية التى تحوى جميع بيانات الحكم، وترجمة رسمية لحكم التحكيم، وإتفاق التحكيم بلغة الدولة المراد إجراء التنفيذ فيها. فإذا تخلف طالب التنفيذ عن تقديم هذه الأوراق تعين عدم قبول الطلب ونقض مدنى ١٩٩/٥/٢١ الطعن رقم ٨١٥ لسنة ٥٢ ق.

وتنّص المادة ٥٦ من القانون المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على أن يختص رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من هذا القانون أو من يندبه

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله : القانون الدولى الخاص، جـ(٢) الطبعة الثامنة، ١٩٧٧، ص ٩٦٨،٩٦٩ .

من قضائها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين. سواء التحكيم جرى في مصر أو في الخارج. أو كان الحكم صادراً في بلد آخر(١) ولم يفرق النص في خصوص سلطة التنفيذ بين التحكم الداخلي والتحكى الدولي.

عبء إثبات الشروط اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وفقاً للمعاهدة :

٢٦١- تقتصر دعوى الأمر بالتنفيذ على مدى توافر الشروط الأساسية اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وفقاً للمعاهدة. ولايجوز النزول سلفاً عن هذا الطلب، لأنه يعد من النظام العام الدولي.

ويلاحظ أن المعاهدة ألقت عبدء إثبات بعض هذه الشروط على عاتق الخصم الذي يحصل الاحتجاج عليه بحكم التحكيم، وعبء إثبات بعضها على عاتق القاضي الآخر بالتنفيذ ، فيجب على القاضي من تلقاء نفسه، أن يرفض الاعتراف وتنفيذ الحكم إذا كان قانون بلد التنفيذ لايجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم، أو كان في الاعتراف بحكم التحيك وتنفيذه مايخالف النظام العام في بلد التنفيذ. وذلك على نحو ما نصت عليه المادة ٢/٥ من المعاهدة.

أما المادة ١/٥ من المعاهدة، فقد ألقت عبء إثبات عدم توافر شروط الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي- في غير الحالتين السابقتين

---

(١) فقد الغيت المادة ٢/٥٠٩ مرافعات الخاصة بالالتجاء الى قاضي التنفيذ في شأن تنفيذ أحكام التحكيم الداخلي. وأصبحت المادة ٢٩٧ مرافعات الخاصة بالالتجاء الى المحكمة الابتدائية في شأن تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في بلد آخر تتعارض مع قانون التحكيم الجديد.

المحّددتين على سبيل الحصر- على عاتق الخصم الذى يحتج عليه بحكم التحكيم.

وقف تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى :

٢٦٢- يجوز لقاضى دولة التنفيذ وقف تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى متى كان قد طلب إبطاله، أو وقفه من السلطة المطلوب منها التنفيذ، وكان ذلك ملائماً.

وهنا يكون وقف التنفيذ مؤقتاً، حتى يفصل فى دعوى البطلان (١) ولايعنى رفض التنفيذ.

ويقوم وقف التنفيذ على إحتمال وجد عيب أو توافر سبب جدى فى الحكم يمكن أن يؤدى إلى رفض التنفيذ. كما إذا كان سبب الطعن مبنياً على تخلف أحد الشروط التى التى يتعين توافرها لتنفيذ الحكم فى مصر، وخوفاً من أن يؤدى وقف التنفيذ المؤقت إلى الإضرار بطالب التنفيذ، أو ضياع حقوقه، أجازت المعاهدة، تكليف الخصم الذى يحتج عليه بحكم التحكيم بتقديم ضمانات مناسبة، لضمان حقوق طالب التنفيذ، بشرط أن يتمسك هذا الآخير بذلك.

حكم التحكيم الذى قضى بالغائه أو بطلانه فى دولة المقر أو الأصل طبقاً للمادة (٥) بند هـ من معاهدة نيويورك.

٢٦٢م – قد يمارس القضاء الوطني فى دولة المقر رقابته على أحكام

(1) Paris 17 Mai 1983. Rev. arb. 1987. P. 309.

وترفع دعوى البطلان طبقاً للمادة ٦ من المعاهدة الى المحكمة المختصة طبقاً لقانون البلد الذى يتم فيه الرجوع، سواء جهة قضاء أو جهاز تنفيذى أو إدارى. ولايجوز النزول سلفاً على دعوى البطلان لأنها تعد من النظام العام الدولى.

Paris 10, Rev. 1989. Rev. arb. 1989. P. 711.

التحكيم التى يتم الطعن عليها أمامه بالبطلان.

وقد سبق بيان أن إلغاء الحكم يستوي تماماً فى النتيجة مع الحكم ببطلانه، فلايرتب بحسب الأصل، أثراً مافى أنظمة الدول الأخرى.

ومع ذلك ، فإن مثل هذا الحكم المقضي ببطلانه كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية (١) يمكن أن ينتج آثاره في نظام دولة أخري تكون مكاناً للتنفيذ وطبقاً للقواعد العامة السارية فيها ، وليس وفقاً لأحكام المعاهدة، حتي ولو كانت هذه الدولة طرفاً في المعاهدة المذكورة كما هو الحال بالنسبة لمصر.

ويلاحظ أن المادة ١٥٠٢ من قانون المرافعات الفرنسب قد خلت من أي نص مماثل لنص المادة (٥) من المعاهدة.

ويسعف فى تأييد ذلك، نص المادة (٧) (٢) من المعاهدة التى لاتقرر سوى حدوداً خاصة بها كشروط الاعتراف بأحكام التحكيم الخاضعة لها. وذلك دون أى مساس بأحكام نصوص القانون الوظيفة، وعلى الأخص مايتعلق منها بتنفيذ أحكام التحكيم .

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإنه تطبيقاً لنص المادة ٥٨ من قانون التحكيم الجديد المصرى- إذا لم تنطبق معاهدة نيويورك- فإنه يمكن تنفيذ حكم التحكيم المقضى ببطلانه فى دولة المقر- فى مصر وذلك بالشروط الواردة فى النص المشار إليه، والتى إكتفى بها قانون مكان التنفيذ المصرى وهى الا يتعارض حكم التحكيم مع حكم سبق صدوره فى موضوع النزاع من المحاكم المصرية، ولايتضمن

---

(1) Cass. 23. Mars 1994. Rev. crit. P. 356. Note Opetit.

(١) ماسبق رقم ٢٤١ . وكذلك رقم ٢٥٥ ص ٤٠٥ .

مايخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية، وأن يكون قد إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

ويكفى توافر هذه الشروط التى استلزم المشرع المصرى أن تقوم بحكم التحكيم حتى يتأتى له التنفيذ فى مصر.

وإذا كانت معاهدة نيويورك، تتعلق بالاعتراف بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى، إلا أنه ليس ثمة مايمنع- كماسبق بيانه (١) من الاعتراف بآثار أحكام التحكيم التى لاتنتمى إلى دولة أجنبية، وبصفة عامة يمكن إعمالها على أحكام التحكيم التى لاتنتمى إلى أى نظام قانونى.

---

(١) ماسبق رقم ٢٤٣ .

المبحث الثالث
تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى
فى إطار اتفاقية جامعة الدول العربية

تمهيد :

٢٦٣- أبرمت هذه الإتفاقية بين الدول العربية فى شأن تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات قضائية رسمية، وأحكام التحكيم الأجنبية.

وقد إتجه جانب من الفقه (١) إلى ضرورة التوسع فى معنى الحكم بحيث يشمل الحكم بالمعنى الخاص، وكذلك العمل الولائى بما فى ذلك قرارات هيئات التحكيم.

وإذا جرى التحكيم فى دولة ما ليست منضمة إلى الإتفاقية، وصدر الحكم فى دولة عضو فيها، فإنه يعتبر حكماً أجنبياً خاضعاً لأحكام الإتفاقية.

ولقد انضمَت إلى الإتفاقية كل من جمهورية مصر العربية، والمملكة العربية السعودية، والمملكة الأردنية الهاشمية، والجمهورية العربية الليبية، والجمهورية العربية العراقية، ودولة الكويت.

وانضمام إحدى الدول إلى اتفاقية تنفيذ الأحكام المعقودة سنة

(١) الدكتور چورچ حزبون : النظام القانونى للتحكيم الأجنبى فى القانون الدخلى، مجلة الحقوق - جامعة الكويت- السنة (١١) ، ص ١٦٩ .

١٩٥٢ بين مصر وبين الدول العربية بالإجراءات المنصوص عليها فى المادة (١٠) منها، وهى إرسال إعلان إلى الأمين العام للجامعة وإبلاغ الدول الأعضاء به بمعرفة الأمانة العامة هى من مسائل الواقع (١).

وفى هذا الصدّد، نعرض لمجال تنفيذ الإتفاقية لنبين المسائل التى تخرج عن نطاقها، ثم نوضّح شروط إعمال الإتفاقية، وإجراءات تنفيذ حكم التحكيم.

المسائل التى تخرج عن نطاق الإتفاقية :

٢٦٤- تستبعد من نطاق الإتفاقية الأحكام الآتية :

١- أحكام التحكيم الصادرة ضد الدولة المطلوب فيها التنفيذ.

٢- أحكام التحكيم الصادرة ضد أحد موظفى الدولة المطلوب فيها التنفيذ بسبب وظيفته.

٣- أحكام التحكيم التى يتعارض تنفيذها مع المعاهدات المعمول بها فى البلد المطلوب فيها التنفيذ.

شروط إعمال الإتفاقية :

٢٦٥- يشرط لإعمال الإتفاقية :

١- أن يكون حكم التحكيم المراد تنفيذه قد صدر فى دولة عضو فيها، أى أن الإتفاقية قد إعتدت فى التفرقة بين الحكم الوطنى والحكم الأجنبى بمعيار إقليمى، وهو مكان صدور الحكم، ويقع على عاتق السلطة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم تحديد ما إذا كان التحكيم

(١) نقض مدنى فى ٢٠ مارس ١٩٨٤ مجموعة المكتب الفنى السنة (٣٥) ص ٧٦٨ . رقم ١٤٦

أجنبياً أم وطنياً.

٢- أن يتم التنفيذ فى دولة أخرى عضو فيها. وليس لجنسية أطراف التحكيم أى أثر فى وصف الحكم بالوطنية أو الأجنبية.

٣- أن يكون الحكم المراد تنفيذه صادراً بناء على شرط تحكيم أو إتفاق تحكيم صحيحين، ذلك أن بطلان شرط التحكيم أو المشارطة يؤدى إلى بطلان الحكم.

ويرجع فى شأن تقدير صحة اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، إلى قانون القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ

والرجوع إلى هذا القانون لايؤدّى إلى إختلاف الحلول. ذلك أن قواعد الإسناد الخاصة بالأهلية، والعقد من حيث الشكل، والموضوع، تكاد تكون متشابهة فى تشريعات هذه الدول.

٤- أن يكون المحكم الذى أصدر حكم التحكيم مختصاً وفقاً لاتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، والقانون الذى يحكم إتفاق أو شرط التحكيم فى وجده ونطاقه، وأى تجاوز للحدود التى وضعها المشرع أو لاتفاق التحكيم، يترتب عليه بطلان حكم التحكيم، وبالتإلى يمتنع تنفيذه، لأن الحكم يكون قد صدر من قضاء لا ولاية له.

ومبدأ التفرقة بين المسائل التى تدخل فى الاختصاص الوجوبي للمحاكم، وتلك التى تدخل فى الأختصاص المشترك لايسرى فى إطار معاهدة تنفيذ الأحكام الاجنبية التى أصدرته جامعة الدول العربية، على نحو ماسبق بيانه (١).

---

(١) ماسبق رقم ٢٥٩ .

٥- أن يكون حكم التحكيم صادراً بناءً على إجراءات صحيحة، ومن بين هذه الإجراءات : إعلان الخصوم بالحضور إعلاناً صحيحاً، ومرعاة المبادئ الأساسية فى التقاضى مثل إحترام حقوق الدفاع ومعاملة الخصوم على قدم المساواة.

٦- أن يكون حكم التحكيم صادراً فى مسألة مما يجوز التحكيم فيها طبقاً لقانون دولة التنفيذ ذلك أن هناك مسائل ترتبط بمصالح عامة لايجوز أن يكون تنظيمها موكولاً إلى الأفراد.

٧- ألا يكون حكم التحكيم مما يخالف النظام العام أو الآداب فى الدولة المطلوب فيها التنفيذ.

٨- أن يكون الحكم نهائياً غير قابل للطعن طبقاً لقانون الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم.

ويضيف بعض الفقه (١) ، لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى هذا الصدد، شرطاً آخر- رغم أن الإتفاقية لم تستلزمه- هو التحقق من كون المحكم قد طبق قاعدة الإسناد المختصة فى قانون دولة التنفيذ متى كانت المنازعة تدخل فى نطاق الأختصاص التشريعى لهذه الدولة. أما إذا كانت المنازعة منبتة الصلة بدولة التنفيذ، فيتعين أن يكون الحكم قد طبق قاعدة الإسناد المختصة فى قانون الدولة التى صدر منها الحكم.

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص ٩٦٤ .

مدى إمكان رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى لتعارضه مع حكم قضائى مصرى:

٢٢٦- طبقاً للقواعد العامة فى قانون المرافعات، يجب حتى يمكن تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى، أن يكون غير متعارض مع حكم صادر من القضاء المصرى بين الخصوم أنفسهم وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً. لأن ذلك يتعارض مع حجية الشئ المقضى به التى كفلها القانون للأحكام الوطنية، والتى تعلو على اعتبارات النظام العام.

ولايلزم لرفض التنفيذ، أن يكون الحكم القضائى قد حاز قوة الأمر المقضى.

ولكن لايكفى مجرد رفع الدعوى بذات الموضوع أمام المحاكم المصرية لرفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى. إذا لايمكن أن يفترض على نحو مسبق، أن الحكم الذى سيصدر فى النزاع من المحاكم المصرية، يكون متعارضاً مع حكم التحكيم الأجنبى المراد تنفيذه، والقول بغير ذلك، من شأنه أن يفسح المجال للمحكوم عليه للتحايل والغش برفع دعوى دعوى أمام القاضى المصرى لعرقلة تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى.

ومع ذلك، فإنه من المستقر عليه فى مصر على أنه إذا كانت هناك معاهدة دولية خاصة بتنفيذ الأحكام بين مصر وبلد أجنبى آخر، تكون هى الواجبة التطبيق، لو خالفت مانص عليه في قانون المرافعات، سواء أكانت المعاهدة سابقة أم لاحقة على قانون المرافعات.

وتطبيقاً لهذا المبدأ، قضت محكمة الإسكندرية الإبتدائية برفض الدعوى رقم ٤٣٩٩ لسنة ١٩٨٧ مدنى كلى (١) المطلوب فيها إصدار

---

(١) لم ينشر بعد.

الأمر بتدبيل الحكم الصادر من محكمة الطائف بالمملكة العربية السعودية فى القضية رقم ١٠ بتاريخ ١٤٠٧/٤/١ هـ بالصيغة التنفيذية، استناداً إلى الفقرة (د) من المادة الثانية من اتفاقية جامعة الدول العربية، التى صدقت عليها المملكة العربية السعودية فى ١٩٥٤/٤/٥م، وصدقت عليها مصر فى ١٩٥٤/٧/٢٥م، هى الواجبة التطبيق. وهى تقضى فى الفقرة (د) منها برفض طلب تنفيذ الحكم إذا كان قد صدر حكم نهائى بين نفس الخصوم، وفى ذات الموضوع بين إحدى الدول المطلوب منها التنفيذ، أو أن توجد لدى هذه المحاكم المطلوب منها التنفيذ دعوى قيد النظر بين الخصوم في ذات الموضوع رفعت قبل إقامة الدعوى أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه. وأنه لما كان الحكم الصادر من محكمة الطائف بالمملكة العربية السعودية فى الدعوى رقم ١١٠ فى ١٤٠٧/٤/١ هـ وهو تاريخ يوافق شهر ديسمبر سنة ١٩٨٦م، حالة كون الدعوى الأخير رقم ٤٤٧٠ مدنى كلى الأسكندرية، التى كان قد أقامها المدعى عليها- في الدعوى المطلوب تنفيذ حكمها- قد رفعت أمام القضاء المصرى فى ١٩٨٤/٣/٢م وهو تاريخ سابق على الحكم الصادر من محكمة الطائف بالمملكة العربية السعودية المراد تنفيذه، مما يتعين معه رفض طلب التنفيذ الذى رفعت به الدعوى رقم ٤٣٩٩ لسنة ١٩٨٧م مدنى كلى الإسكندرية.

وهذا هو مانصت عليه صراحة المادة ٢/٥٨ بند (أ) من قانون التحكيم الجديد من أنه لايجوز الأمر بتنفيذ حكم المحكمين وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقق من أنه لايتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية فى موضوع النزاع.

إجراءات تنفيذ الحكم :

تعين كل دولة السلطة القضائية المختصة التى يرفع إليها طلب التنفيذ وإجراءاته. وتبلغ إلى كل من الدول الأعضاء.

وهذا الحكم يتفق مع قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى.

ويختصّ رئيس محكمة استئناف القاهرة فى مصر بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين الدولى.

وتتّجه معظم التشريعات إلى عقد الإختصاص بطلب تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى للمحكم الأبتدائية الواقع فى دائرتها محل التنفيذ.

ويخضع الحكم الصادر فى هذه الدعوى إلى القواعد العامة المقررة للطعن فى الأحكام.

ويجب على طلب التنفيذ أن يرفق بطلبه :

١- صورة رسمية طبق الأصل من حكم إلتحكيم المراد تنفيذه نديلاً بالصيغة التنفيذية. ولاتكفى الصورة الضوئية إذ لاترقى إلى الرسمية المطلوبة (١).

٢- شهادة رسمية دالة على إعلان حكم التحكيم المطلوب تنفيذه.

٣- شهادة تدل على نهائية حكم التحكيم المراد تنفيذه.

٤- شهادة تدل عى أن الخصوم أعلنوا أمام هيئة التحكيم إعلاناً صحيحاً.

---

(١) طعن رقم ٨١٥ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢١ .

ولاتملك السلطة المختصة بتنفيذ حكم المحكم أعاد فحص موضوع النزاع أو مراجعته. (مادة «٣» من الاتفاقية) (١).

ولايجوز لمن حصل على حكم تحكيم ينفذ وفقاً لأحكام الإتفاقية النزول عن الأتفاقية والالتجاء فى التنفيذ مستنداً إلى الأحكام العامة لتنفيذ أحكام المحكمين فى دولة المقر أى اللجوء إلى الأحكام العامة لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

ولايجوز له أيضاً أن يرفع دعوى جديدة أمام محاكم دولة التنفيذ بطلب الحكم له بذات الطلبات المقضى له بها بمقتضى حكم التحكيم. ذلك أن الإتفاقية لاتهدف إلى صيانة المصالح الخاصة فحسب، بل قصد بها مصلحة عامة لتحقيق استقرار المعاملات الدولية.

شرط التبادل :

٢٦٨- ولاشك أن مبدأ التبادل يعتبر متحققاً فى شأن أحكام المحكمين الصادرة من الدول الأعضاء فى اتفاقية جامعة الدول العربية(٢).

---

(١) وفى إطار المركز الدولى لتسوية منازعات الإستثمار، أتاحت الإتفاقية المنازعة فى الحكم الصادر من المراكز عن طريق طلب مراجعة الحكم. ويكون هذا الطلب كتابياً، وتجوز المراجعة إذا تم إكتشاف وقائع جديدة من شأنها التأثير على تغيير وجه الرأى فى الحكم، بشرط أن تكون هذه الوقائع غير معروفة للمحكمة والطرف الطالب.

(٢) ماسبق رقم ٢٥٨ .

المبحث الرابع
حكم التحكيم الأجنبى المراد تنفيذه فى إطار قانون المرافعات المدنية والتجارية

تمهيد :-

٢٦٩ - إذا كان حكم التحكيم قد صدر فى الخارج، ولم يتّفق أطرافها على خضوعه لقانون التحكيم المصري الجديد فى الوقت الذى لايندرج فيه هذا الحكم فى معاهدة مما ترتبط بها مصر، مثل اتفاقية نيويورك أو الأمم المتحدة، فإنه يخضع لشروط التنفيذ المقررة فى قانون المرافعات التى مازالت قائمة ولكنها منبتة الصلة بقانون التحكيم.

وهنا نعرض لشروط تنفيذ هذا الحكم التى يتطلبها قانون المرافعات المصرى ثم نتصدى للإجراءات المتبعة لتنفيذ الحكم المشار إليه ومدى جواز التمسك بالدفوع فى دعوى طلب التنفيذ وضمانات تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى.

المطلب الأول

شروط تنفيذ حكم التحكيم

٢٧٠- إن أحكام التحكيم الوطنية التي تصدر خارج مصر فى منازعة داخلية بحتة، أو لا تتعلق بمصالح التجارة الدولية، ولم يتفق الاطراف على سريان أحكام قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ عليها. فإنها تخرج عن نطاق تطبيق هذا القانون، ولاتخضع من حيث التنفيذ للقواعد التى تضمنها، وتعتبر بمثابة أحكام أجنبية يراد تنفيذها فى مصر ، ومن ثم تخضع فى طرق تنفيذها لقواعد تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المنصوص عليها فى المواد من ٢٩٦ إلى ٣٠١ مرافعات.

ولا يتصور من ناحية أخرى، خضوع تنفيذ هذا التحكم لمعاهدة نيويورك، أو أية معاهدة أخرى متى تخلفت شروط انطباقها(١).

ويشترط لهذا التنفيذ أن تكون المسألة الصادر بشأنها حكم التحكيم الوطنى خارج مصر، مما يجوز التحكيم فيها طبقاً لأحكام القانون المصرى (مادة ٢٩٩ مرافعات).

ويجب أن يكون الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضى طبقاً لقانون هيئة التحكيم الذى أصدرته. وكانت المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات القديم-

---

(١) وطبقاً للمادة ٣٠١ من قانون المرافعات، فإن العمل بالقواعد المنصوص عليها فى المواد السابقة (من ٢٩٦ الى ٣٠٠) لايخل بأحكام المعاهدات المعقودة، أو التى تعقد بين الجمهورية وبين غيرها من الدول فى هذا الشأن، بمعنى أن هذه المعاهدة متى توافر شروط انطباقها، فإنه يجب إعمالها دون نصوص قانون المرافعات.

تقابل المادة ٢٩٩ مرافعات الحالي- تنص على أن « أحكام التحكيم الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها إذا كانت نهائية وغير قابلة للتنفيذ في البلد الذي صدرت فيه ». وذلك حتى ينقطع كل سبيل للطعن عليه في البلد الذي صدر فيه (١) بمعنى أنه يجب التثبت من مراعاة القواعد المقررة في القانون الذي يخضع له التحكيم.

ولايلزم أن تكون محاكم البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم مختصة بنظر النزاع. نظراً لأن حكم التحكيم يقوم على أساس احترام المشرع لارادات الأطراف.

ويجب أن يكون الخصوم ممثلين في خصومة التحكيم تمثيلاً صحيحاً، وفق الإجراءات التي رسمها قانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم المراد تنفيذه في مصر مع مراعاة حقوق الدفاع. ومبدأ المواجهة بين الطرفين.

ويجب ألا يخالف حكم التحكيم النظام العام أو الآداب في مصر، وألا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية، لأن الحكم المصري أولى بالحجية والنفاذ من الحكم الأجنبي متى صدر بين الخصوم أنفسهم. وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً.

وبالأضافة إلى شرط المعاملة بالمثل، الذي يبيح للمحاكم المصرية أن تفعل المثل بالحكم الأجنبي، فلها أن تفحص موضوعه، أو أن تقتصر على شروطه الشكلية حسب المعاملة التي يلقاها الحكم المصري.

---

(١) أما المراد هنا بالحجية التي تمنح للحكم الاجنبي لتنفيذه في مصر، بالاضافة الى هذا الشرط، هي الحجية التي يعرفها القانون الوطني، لا القانون الأجنبي.

ويلزم عدم اختصاص المحاكم المصرية بموضوع النزاع الذى فصل فيه حكم التحكيم(١)، وذلك لكفالة عدم الانتقاص من هذا الاختصاص الذى يعتبر متعلقاً بالنظام العام ولأن اختصاص المحكمة المصرية ينفي اختصاص المحكمة الأجنبية.

وأخيراً يجب أن يكون حكم التحكيم قد صدر بناء على اتفاق تحكيم صحيح، مع التزام هيئة التحكيم بحدود هذا الاتفاق ونطاقه.

---

(١) ومؤدى ذلك رفض بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى متى صدر فى نزاع مما تختص به المحاكم المصرية وحدها. أما اذا كان الاختصاص فى مسألة تدخل فى الاختصاص المشترك بين محاكم دولة التنفيذ والمحاكم الاجنبية، فإنه يجوز اصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الاجنبى.

المطلب الثانى

الاجراءات الواجبة الاتباع لتنفيذ الحكم

٢٧١- يلزم لجواز تنفيذ هذا الحكم في مصر رفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الإبتدائية التى يراد التنفيذ في دائرتها بالأوضاع المعتادة لرفع الدعاوي وفقاً للمادة ٢٩٧ مرافعات وذلك حتى ولو كان قرار الحكم يعتبر وفقاً لقانون البلد الذى صدر فيه سنداً تنفيذياً بذاته، بمعنى أن حكم التحكيم المشار إليه لايصلح للتنفيذ بذاته، بل لابد من رفع الدعوى بطلب التنفيذ طبقاً للمادتين ٢٩٩،٢٩٧ مرافعات، أى أن الحكم المذكور يعتبر سنداً مكملاً للسند التنفيذى، وهو حكم التحكيم.

ومتى صدر الحكم بتنفيذ حكم التحكيم، تمتع هذا الحكم الأخير بالقوة التنفيذية ويعامل معاملة الأحكام الصادرة من المحاكم التابعة لجمهورية مصر العربية من حيث تنفيذه.

ولما كانت الدعوى المرفوعة للمطالبة بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى أمام المحكمة الأبتدائية غير قابلة للتقدير، فإن الحكم الصادر فيها ابتدائياً بالتنفيذ يكون قابلاً للطعن فيه بالاستئناف. ولايجوز التنفيذ بموجب الحكم إلا بعد أن يصير هذا الحكم حائزاً قوة الأمر المقضى وفقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ٢٨٧ مرافعات

ومع هذا، يجوز التنفيذ الجبري إذا صدر الحكم بالتنفيذ مشمولاً بالنفاذ المعجل باعتبار أن الحكم بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي يصدر فى هذه الحالة تنفيذاً لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضى وذلك طواعية لنص المادة ٢/٢٩٠ من قانون المرافعات.

ويجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في شق منه دون الشق الآخر.

ويجوز كذلك أن يصدر الأمر بالتنفيذ فى مواجهة بعض المحكوم عليهم دون البعض الآخر.

وعلى أية حال، فإن المحكمة لها أن تستجيب إلى طلب الأمر بالتنفيذ متى تحققت شروطه، ولها أن ترفض التنفيذ متى تخلفت هذه الشروط كلها أو بعضها ولكنها لاتملك الفصل في النزاع بحكم آخر.

المطلب الثالث

مدى جواز تمسك الخصم المطلوب التنفيذ ضده فى دعوي طلب التنفيذ بكافة الدفوع التى تحول دون التنفيذ.

٢٧٢- لما كان طلب التنفيذ يرفع فى صورة دعوى بالأوضاع المعتادة لرفع الدعاوي، الأمر الذى يتيح للخصم المطلوب التنفيذ ضده أن يتمسك في هذه الدعوى بكافة أوجه الدفاع والدفوع، التى تحول دون تنفيذ الحكم أو تؤدي إلى رفض طلب التنفيذ.

ويمتنع على المحكمة أن تتطرق إلى بحث مدى سلامة أو صحة قضاء التحكيم فى موضوع الدّعوى، وإلا فإنها تكون قد خرجت عن حدود ولايتها، وليس لها أن تأمر بالتنفيذ أو برفضه.

المطلب الرابع
ضمانات تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى (١)

٢٧٣- ميز الفقه فى هذا الصّدد بين عدّة افتراضات :-

الأول :- أن ينشأ التأمين تلقائياً، وبقوة القانون كأثر للحكم.

وهنا يعتبر التأمين من ضمانات التنفيذ المقترنة بالحكم، ولما كانت اجراءات التنفيذ الجبرى تخضع لمبدأ الاقليمية، ومن ثم، فإن هذه التأمينات لايتجاوز أثرها إقليم الدولة التى صدر فيها الحكم.

ومن مقتضى منح الأمر بالتنفيذ أن ينزل حكم التحكيم الأجنبى منزلة الأحكام الوطنية بما يترتب عليه كافة الضمانات التى يرتبها قانون المحكمة التى أصدرت الأمر. ولو كان الحكم الأجنبى مجرداً من كل تأمين.

وتنصب أيضاً الضمانات- مثل التأمين العينى الذى ينشأ صحيحاً - على الأموال الكائنة فى إقليم الدولة التى منح فيها الأمر بالتنفيذ، وقانون مكان التنفيذ هو عادة قانون موقع المال.

الثانى : إذا كان مصدر التأمين القانون الذى يحكم الحق محل النزاع مثل قانون العقد، أو قانون محل وقوع الفعل الضار متى كان يجعل المسئولين عن الالتزام متضامنين.

---

(١) الدكتور كمال فهمى . أصول القانون الدولى الخاص سنة ١٩٧٨ ص ٦٨٨ . د. عكاشة محمد عبد العال الاجراءات المدنية والتجارية الدولية ص٣٧١ رقم ٢٤٢ .

فى هذه الحالة، يعتبر الحكم كاشفاً للتأمين وليس منشئاً له عندئذ يكون التضامن منتجاً لآثاره عبر حدود الدولة التى أصدرت قضاؤها الحكم.

٣- وحق الاختصاص لايعد من ضمانات التنفيذ، لأنه يعتبر من الآثار القانونية المترتبة على الحكم.

ويمكن تقرير حق اختصاص استناداً إلى المادة ١٠٨٦ من القانون المدنى المصرى بناءً على حكم صادر من محكمة أجنبية أو على قرار صادر من محكمين متى صار الحكم أو القرار واجب التنفيذ، لأن الحكم الأجنبى يرتفع إلى مصاف الحكم الوطنى متى تم شموله بالأمر التنفيذ.

ولايلزم أن يكون الحكم الأجنبى صالحاً لترتيب حق إختصاص عليه فى البلد الأجنبى الذى صدر فيه، لأننا «بصدد إنشاء حق ابتداء، وليس بصدد نفاذ حق نشأ فى الخارج»(١)

---

(١) د. كمال فهمى. المرجع السابق ص ٦٨٨ .

المبحث الخامس
دعوى بطلان حكم التحكيم فى القانون المصرى

تمهيد :

٢٧٤- استبعد المشرع طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات بالنسبة لأحكام التحكيم (م ١/٥٢ من قانون التحكيم المصرى).

ورغم أن الخصومة القضائية بوجه عام، لايرد عليها بحسب الأصل- الطعن بدعوى البطلان، إلا أن المشرع أجاز رفع الدعوى ببطلان حكم التحكيم.ويعزى ذلك إلى أن نظام التحكيم يقوم فى جوهره على أساس تعاقدى.

وفى هذا الصدد، نعرض لخصائص دعوى البطلان، والميعاد التى ترفع خلاله والمحكمة المختصة بدعوى البطلان وسلطة محكمة الاستئناف عند الفصل فى دعوى البطلان ونوضح أسباب البطلان، وآثار الحكم المقضى ببطلانه، سواء فى مصر، أو فى دولة المقر طبقاً لمعاهدة نيويورك.

خصائص دعوى بالبطلان :-

٢٧٥- ترفع دعوي البطلان بالأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى، وهى ليست طريقاً للطعن على الحكم.

وترفع هذه الدعوى خلال التسعين يوماً لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه ولاعبرة بصدور الحكم فى غيبة المحكوم عليه أم فى حضوره. ويترتب على تجاوز هذا الميعاد سقوط الحق فيها.

وهى ترفع من ذى صفة وصاحب مصلحة وفق القواعد العامة فى المرافعات إلا إذا تعلق البطلان بالنظام العام، فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها، وهذا هو الحال متى كان الحكم مخالفاً للنظام العام فى مصر، أو إذا كان حكم التحكيم قد قضى في مسألة مما لايجوز التحكيم فيها. وكذلك تعتبر من النظام العام قاعدة وجوب نظر خصومة التحكيم فى حضور جميع المحكمين وان يصدر الحكم منهم.

وينصرف البطلان إلى حكم التحكيم، سواء كان تحكيماً بالقضاء أو الصلح ولايترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم بقوة القانون، ومع ذلك، يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ متى طلب المدعى ذلك فى صحيفة الدعوى، وكان طلبه قائماً على أسباب جدية (م٥٧ من قانون التحكيم). وإذا أمرت المحكمة بوقف التنفيذ، يجوز لها أن تأمر بتقديم كفالة، أو ضمان مالى لمصلحة المحكوم له لضمان حقوقه.

أما وقف تنفيذ حكم التحكيم، فإنه يترتب بقوة القانون، مادامت لم ترفع دعوى البطلان، ولم تمض مدة التسعين يوماً على إعلان الحكم، فإذا مضى هذا الميعاد دون رفع الدعوى. كان الحكم جائز التنفيذ.

ولهذا يتجه إلى أنه يمكن التوفيق بين نص المادة ١/٥٨ ، ٥٧ من قانون التحكيم، على أساس أن الأول يفترض عدم رفع دعوى البطلان. عندئذ يجب التريث، وإنتظار عدم التنفيذ حتى انتهاء ميعاد رفع

دعوى البطلان، لأن رافع هذه الدعوى قد يرفعها فى أى وقت خلاله- أما النص الثانى، فهو يفترض رفع دعوى البطلان فعلاً، وعندئذ يمكن التنفيذ حتى انقضاء مدة يوماً لرفع دعوى البطلان (١).

ولايجوز النزول عن دعوى البطلان قبل ثبوت الحق فى رفعها، بمعنى أنه لايحول دون رفع دعوى البطلان وقبولها، نزول مدعى البطلان عن حقه فى رفعها قبل صدور حكم التحكيم، أما النزول اللاحق على صدور حكم التحكيم، فهو جائز.

وإذا رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة تعين الحكم بعدم الاختصاص والاحالة.

ويسقط الحق فى رفع دعوى البطلان. إذا قام المحكوم عليه بتنفيذ الحكم تنفيذاً اختيارياً دون تحفظ، وكذلك فى حالة إعلانه لخصمه دون تحفظ.

والحكم الصادر فى دعوى البطلان يقبل الطعن فيه بطريق النقض(٢).وكذلك التماس إعادة النظر.

وإذا جرى التحكم الدولى فى الخارج، ولم يتفق أطرافه على خضوعه للقانون المصرى، فهذا يرتبط التحكيم بقانون آخر، ومن ثم، فلا تمتد إليها دعوى البطلان فى القانون المصرى.

---

(١) الدكتور أحمد أبو الوفا - التحكيم فى القانون الدولى والداخلى . المجلة المصرية للقانون الدولى سنة ١٩٩٤ ص ٩٤ ومابعدها.

(٢) ومن حق محكمة النقض، متى نقضت الحكم الصادر برفض دعوى البطلان، ورأت أن الموضوع صالح للفصل فيه. كان عليها أن تحكم ببطلان حكم التحكيم (راجع اسباب حكم النقض الدائرة المدنية فى ١٨/١٢/١٩٩٧ القضاء. السنة ٢٩ ص ٢٨٩ ومابعدها). وكان البطلان قائماً على خلو حكم التحكيم من نصوص اتفاق التحكيم.

(٣) كان ليصدرن الحكم فى دعوى البطلان بناء على غش أحد الخصوم، أو بناء على مستند ثبت تزويره. أو إذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد حكم بعد صدوره بتزويرها. دون التعرض فى مصر نص حكم التحكيم أو بطلانه.

وغنى عن البيان، أن المعاهدات الدولية التى انضم إليها قانون الدولة التى صدر حكم التحكيم فى إقليمها مثل إتفاقية نيويورك (٣) تقتصر الأمر فيها على بيان ما إذا كان حكم التحكيم قد قضى ببطلانه فى الإقليم الذى صدر فيه أو الذى تم تطبيق قانونه على التحكيم، فإذا كان قد قضى فيه بالبطلان، فإن هذا يجيز للقاضى الوطنى رفض طلب تنفيذه.

ولا شك أن الحكم ببطلان صحيفة الدعوى بطلب بطلان حكم التحكيم بسبب عدم التوقيع عليها من محام أو ترك خصومة البطلان، أو سقوط الحق فيها لرفعها بعد الميعاد المقرر قانوناً، يترتب عليه بالضرورة عدم قبول طلب وقف التنفيذ المدفوع بالتبعية لدعوى البطلان لتعذر بقاء هذا الطلب استقلالاً. ذلك أن هذا التبعية، تمثل ارتباطاً قانونياً بحيث تجعل العمل السابق شرطاً لصحة العمل اللاحق.

٢٧٥م- ولما كانت أحكام التحكيم التى تصدر وفقاً لقواعد لائحة غرفة التجارة الدولية فى منازعات التجارة الدولية هى أحكام ذات طابع دولى، فإنه يجوز الطعن فيها بدعوى البطلان متى كانت خاضعة للقانون المصرى.

ميعاد رفع دعوى البطلان وطلب التنفيذ :-

٢٧٦- وطبقاً لرأى الفقه المشار إليه (١)، أنه بمجرد رفع دعوى البطلان يقبل طلب التنفيذ، ويزول المانع الذى يحول دون قبول هذا الطلب، حتى ولو لم تنقص مدة التسعين يوماً المحددة لرفع دعوى البطلان.

---

(١) د. أحمد أبو الوفا المرجع السابق ص ٩٤ ومابعدها. د. وجدى راغب.التنفيذ القضائى سنة ١٩٩٥ ص ١٣٢،١٣٤ .

وهذا الاتجاه هو ماتميل إليه المذكرة الايضاحية لقانون التحكيم الجديد.

واتجه رأى آخر (١)، إلى أن المناط فى قبول تنفيذ حكم التحكيم، هو انقضاء ميعاد التسعين يوماً المحددة لرفع دعوى البطلان. فلا يكون طلب التنفيذ مقبولاً. إذا كان هذا الميعاد قائماً لم ينقص بعد. يستوى أن تكون ددعوى البطلان قد رفعت أو لم ترفع.

وهذا الرأى الأخير أولى بالاتباع، لأن المشرع نص بوجه عام فى المادة ١/٥٨ من قانون التحكيم على أنه لايجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى البطلان قد انقضى، سواء لم ترفع دعوى البطلان أم كانت قد رفعت فعلاً خلاله، بمعى أنه قد علق جواز طلب التنفيذ على انقضاء ميعاد رفع الدعوى دون أن يرتبط طلب الأمر بالتنفيذ برفع دعوى البطلان فعلاً بعبارة أخرى فإن العبرة فى جواز طلب التنفيذ فى جميع الأحوال هو بإنقضاء الميعاد(٢).

المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان :-

ينعقد الاختصاص بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم لمحكمة استئناف القاهرة فى التحكيم التجارى الدولى . سواء جرى فى مصر أو فى الخارج مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر. وفى غير التحكيم التجارى الدولى يكون الإختصاص

---

(١) د/ محمود السيد النجدي – التحكيم في المواد المدنية والتجارية ١٩٩٩ ص ٢٤٠ .

(٢) وقد حكم محكمة استئناف باريس بأن «قاعدة الاثر الواقف للطعن ببطلان لاتشكل جزءاً من المبادئ المتعلقة بالنظام العام الدولى التى يكون الجهل بها من شأنه أن يعرض حكم التحكيم للرقابة المنصوص عليها فى المادة ٥/١٥٠٢ من قانون المرافعات المدنية الفرنسية.

Cour d'appel de Paris 17 Dec- 191. Rev. arb. 1993 No2 P. 227.

بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم لمحكمة الدرجة الثانية التى تتبعها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع (مادة ٢/٥٤ من قانون التحكيم).

الأحكام التى يجوز الطعن فيها بالبطلان :-

٢٧٩- يرد الطعن بالبطلان على كل قضاء قطعى، ينهى الخصومة، ولو فى شق منها، إذ يستنفذ المحكم سلطته فى خصوص هذا الشق، ولايجوز له العودة إليه أو التعديل فيه، كما هو الحال فى تقرير مبدأ المسئولية، أو تحديد القانون الواجب التطبيق خلافاً للقانون المتفق عليه بين الأطراف، أو الفصل فى صحة العقد محل النزاع، أو كانت المسألة تنصب على إختصاص هيئة التحكيم بالنزاع، وحدود مهمتها، وكذلك الحال بالنسبة للأحكام المنهية للخصومة دون الحكم فى موضوعها كما إذا قضى ببطلان الأجراءات بسبب نقص أهلية أحد الطرفين.

ولا شك أن مسائل الإجراءات التى تؤدى إلى إنهاء الخصومة، مثل الصلح، والترك. وسقوط الخصومة. يمكن أن تكون محلاً لدعوى البطلان.

وعلى ذلك، لايلزم للطعن بالبطلان أن يكون حكم التحكيم منهياً للخصومة برمتها، كما هو الأصل الغالب، ذلك حتى لايستمر الأطراف فى موالاة الخصومة زمناً طويلاً حتى صدور الحكم الختامى فيها باتخاذ اجراءات مهددة بالبطلان ومصيرها الزوال مما يؤدى إلى تأخير الفصل فى النزاع وهو مايتنافى مع فكرة اختصار الوقت مع سرعة الفصل فى النزاع أساس التحكيم.

أما القرارات التى تصدرها هيئة التحكيم دون أن ترتبط الخصومة فيها بقضاء قطعى، مثل زمان، ومكان انعقاد الهيئة. أو تأجيل الدعوى. أم كانت صادرة قبل الفصل في الموضوع بهدف

الوصول إلى الحقيقة، وتهيئة الخصومة للفصل فيها، مثل إحالة الدعوى إلى التحقيق لسماع شهود. أو ندب خبير، فلا تجد دعوى البطلان محلاً لها إلا بعد صدور الحكم المنهى لخصومة التحكيم برمتها.

سلطة المحكمة المختصة عند الفصل فى دعوى البطلان :-

٢٧٨- يمتنع على المحكمة مراجعة الحكم من حيث موضوعه. ولايندرج الخطأ فى تطبيق القانون والخطأ، تفسير الوقائع والأدلة، تحت فكرة البطلان.

وقد استبعدت محكمة النقض الفرنسية رقابة المسخ فى الطعن بالبطلان على حكم التحكيم (١).

وتقتصر سلطة المحكمة على الحكم بالبطلان أو رفضه دون أن تتصدى لموضوع النزاع (٢)، ذلك أن دعوي البطلان لاتخضع بمعرفة محكمة البطلان، لأن فحص موضوعى، ولاتمتد إلى مراجعة الحكم أو بحث مدي صواب قضاء حكم التحكيم، سواء جرى التحكيم فى مصر أو فى الخارج.

وتملك المحكمة فى سبيل الفصل فى دعوى البطلان أن تفحص مجموع العناصر الواقعية، وكذلك القانونية التى يمكن أن تشكل سبباً من أسباب البطلان، ولها فى سبيل ذلك- وعلى ضوء أسباب الطعن- تفسير اتفاق التحكيم لبيان مدى خروج هيئة التحكيم عنه أو فصلها فى مسألة لايشملها اتفاق التحكيم، أو عدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع- وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية فى

---

(1) Civil 20 Dec. 1993 Rev. arb 1994 . 126 - Note Bellet

(٢) إلا إذا وافق الأطراف على ذلك؛ لأن المسألة وليدة إرادة الأطراف.

١٩٨٧/١/٦ أن المحكمة التى تمارس الرقابة على حكم التحكيم ليست لها حدود، بحيث يمتد حكمها إلى الواقع والقانون المرتبط بسبب الطعن (١) وكل العناصر التى تسهم فى الكشف عن عيوب الحكم

وعليها فحص مدى قابلية النزاع للتحكيم، ومراقبة الفصل فى مدى مشروعية ولاية المحكم فى خصومة التحكيم لتقدير سلامة اختصاصه.

وعليها أن تقضى من تلقاء نفسها ببطلان الحكم متى تضمن مايخالف النظام فى جمهورية مصر العربية حى ولو استند الطاعن إلى سبب آخر لايؤدى إلى بطلان الحكم.

ومتى حكم بالبطلان، يعتبر حكم التحكيم كأن لم يكن، ويكون الأطراف فى حل من التحكيم ولهم رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة، أو الاتفاق على عرض النزاع على هيئة التحكيم جديدة مرة أخرى(١)،(٢).

إنقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان :-

لايبدأ ميعاد رفع دعوى البطلان إلا من تاريخ رعلان حكم التحكيم، وبفوات ميعاد رفع دعوى البطلان يتحصن حكم التحكيم، ويغدو غير قابل للطعن فيه بأى طريق آخر (٣).

أسباب بطلان حكم التحكيم :-

---

(1) Rev. arb 1987. P. 649 Note Boulonger.

(٢) راجع ماسبق رقم ٩٠ .

(٣) ومع ذلك يمكن الطعن على الحكم الصادر فى دعوى البطلان بالنقض والتماس اعادة النظر متى تحققت شروط ذلك.

٢٨٠- لايقتصر بطلان حكم التحكيم على الأسباب التى وردت فى التعداد الذى نص عليه المشرع فى قانون التحكيم (م ٥٣) ، بل يمتد الأمر ليشمل سائر أسباب البطلان العامة المنصوص عليها فى قانون المرافعات، ولهذا نعرض فى هذا الخصوص لأسباب البطلان العامة. ثم نتصدى لأسباب البطلان التى أوردها التعداد المنصوص عليه فى قانون التحكيم.

أولا- أسباب البطلان العامة :-

لاشك أن حكم التحكيم يخضع لاسباب البطلان العامة، أسوة بحكم القضاء. ومن هذه الاسباب الخطأ في تقدير الدليل، والقصور الجوهري في التسبيب والأخلال بحق الدفاع. والفساد فى الاستدلال. ومخالفة الثابت فى الأوراق إذ من غير المستساغ أن يكون الطعن فى أحكام التحكيم قاصراً على الأسباب التى أوردها قانون التحكيم فحسب، وإغفال أسباب البطلان الهامة، والأكثر خطورة- والمتعارف عليها في القواعد العامة فى قانون المرافعات- بمقولة أن المشرع لم يدرج هذه الأسباب فى قانون التحكيم، وهو مالايستقيم مع طبيعة الأمور، ذلك أن البطلان واحد، وإن تعدّدت روافده.

وعلى سبيل المثال، فإنه من المستقر عليه أن الغش يفسد كل شئ (١) ومتى بنى حكم التحكيم على غش فى مراحلة أو اجراءاته. فإن

(١) قضت محكمة النقض بأن قاعدة الغش يبطل التصرفات، هى قاعدة قانونية سليمة، ولو لم يجربها نص في القانون، وتقوم على اعتبارات خلقية وإجتماعية فى محاربة الغش، والخديعة، والاحتيال، وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره فى التصرفات والاجراءات عموماً. صيانة لمصلحة الاشخاص والجماعات، فإذا كان الحكم قد اعتمد على هذه القاعدة فى قضائه ببطلان رسو المزاد، فإنه لايكون قد خالف القانون.

(نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض س٧ ص ١٦٨)

ذلك يصم الحكم بخلل جسيم يهدره من أساسه وهو مايجعله باطلاً، عديم الأثر (١)، ورغم أن هذا السبب غير منصوص عليه صراحة فى قانون التحكيم.

وعلي ذلك، فإن التعداد لأسباب البطلان الذى ساقه قانون التحكيم لايقف مانعاً دون الاستناد إلى سبب آخر لم يرد فى هذا القانون، بل تحكمه القواعد العامة فى بطلان الأحكام.

وفى هذا تقول محكمة النقض (٢) «لما كان يجوز طلب بطلان حكم المحكمين وفقاً للفقرة الأخيرة من المادة ٥١٢ من قانون المرافعات، إذا وقع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الاجراءات أثر فى الحكم. وكان البين من الأوراق أن حكم المحكّمين موضوع التداعى لم يتضمن ملخصاً لأقوال الخصوم أو مستنداتهم التى قضى استناداً إليها بملكية المطعون عليه للعقارات والسيارات، والمعدات المبينة بالحكم، مجتزئاً القول بأن هيئة التحكيم سمعت أقوال الخصوم. وناقشتهم شفاهة واطلعت على مستنداتهم التى ثبت منها ملكية المطعون عليه لأعيان النزاع دون بيان لملخص هذه الأقوال والمستندات، وبيان الأدلة التى استند إليها، وكيف أنها تفيد الملكية، وبما لايكفي لتحقيق الغرض الذي من أجله أوجب المشرع إثبات هذه البيانات تحكم المحكمين، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما أنهى إليه برفض الدعوي، تأسيساً على أن الأسباب التى استند إليها الطاعن لاتندرج ضمن الأسباب المنصوص عليها فى المادة ٥١٢

---

(١) وهو بطلان يتعلق بالنظام العام.
Cour d'appel de Paris- Rev. arb 1994. No. 2 P. 359 et s.

(٢) الطعن رقم ٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩١/٣/٢٤ .

(٣) وعلى ذلك، يجب أن يكون الاجراء الذى يترتب على إغفاله بطلان الحكم بطلاناً=

من قانون المرافعات (٣)، فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث أسباب الطعن».

٢٨٢- ومن هذا القبيل، فإن هناك حالات تستوجب البطلان، وهي ترتبط بعدم تحديد موضوع نزاع التحكيم، إذا تقضي المادة ٢/١٠ من قانون التحكيم. أنه يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع وفى هذه الحالة، يجب أن يحدد النزاع فى بيان الدعوى، كما يجوز ان يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع- أى حال المرافعة- وفى هذه الحالة ، يجب أن يحدد الأتفاق المسائل التى ينصب عليها اتفاق التحكيم، وإلا كان هذا الاتفاق باطلاً.

ولا شك أن بطلان اتفاق التحكيم على هذا النحو، يستتبع حتماً بطلان الحكم الذى استند إليه.

ويجوز التمسك بهذا البطلان أثناء نظر التحكيم فى صورة دفع فرعى فى ميعاد لايجاوز دفاع المدعى عليه المنصوص عليه فى المادة ٢/٣٠ من قانون التحكيم. فإذا رفضت الهيئة هذا الدفع، فلا يجوز

=جوهرياً مؤثراً فى النتيجة التى خلص اليها، بمعنى أن هيئة التحكيم لو كانت قد عرضت له ومحصنة ، لجاز ان يتغير به وجه الرأى فى الدعوى. إذ يعتبر ذلك قصوراً فى اسباب الحكم الواقعية مؤدياً الى البطلان.

ومن هذا القبيل تمسك الطاعن بصورية المستندات التى اعتمد عليها الحكم فى قضائه رغم جوهريها، ودون مناقشتها أو بحثها يؤدى الى بطلان الحكم.

ويكون الحكم قاصراً. متى طرح المستندات المؤثرة فى حقوق الخصوم، دون أى يرد باسباب خاصة مايبرر هذا الاطراح.

وكذلك، فإن بناء الحكم علي واقعة استخلصها من مصدر لاوجود له أو موجد، ولكنه يناقض لها أو غير مناقض ولكن من المستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه يؤدى الى بطلان الحكم وايضا، مما يعيب الحكم بالبطلان، التناقض الذى تتماحى به اسبابه، بحيث لايبقى منه مايمكن حمله عليه أما إغفال الحكم الرد على دفاع لايستند الى أساس قانون صحيح، فلا يعيبه.

التمسك به إلا فى صورة دعوى البطلان بعد الحكم فى نزاع التحكيم.

٢٨٣- وبهذا قضت محكمة النقض أن «التحكيم طريق استثنائى سنّه المشرّع لبعض الخصومات، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية، وماتكفله من ضمانات، ومن ثمّ، فهو مقصور حتماً إلى ماتنصرف إليه إرادة المحتكمين على عرضه على هيئة التحكيم. فأوجبت المادة ٥٠١ من قانون المرافعات، المنطبقة على واقعة الدعوى- المقابلة للمادة (١٠) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ... إن تتضمن وثيقة التحكيم تعيناً لموضوع النزاع حتى تتحدد ولاية المحكمين، ويتسنى رقابة مدى التزامهم فى حدود ولايتهم، وأجاز المشرع فى ذات المادة أن يتم هذا التحديد أثناء المرافقة أمام هيئة التحكيم. ورتبت المادة ٢/٥١٢ منه البطلان جزاء على مخالفة ذلك (١).

وقد قضت محكمة النقض فى ١٣ يولية سنة ١٩٩٢ بأنه لما كان سند الشحن يمثل فى الأصل دليل الشاحن أو المرسل إليه قبل الناقل، فإنه يتعين أن يفرغ فيه كافة الشروط الخاصة بعملية النقل بحيث إذا ما اتفق بين طرفى عقد النقل على الإلتجاء إلى التحكيم فى شأن ماقد يثور من منازعات، يتعين أن ينص عليه صراحة فى ذلك السند، ولامحل للإحالة المجهلة فى أمره - بالنظر إلى خطورته - إلى مشارطة إيجار السفية سيما وأن الشاحن أو المرسل إليه لم يكن أياً منهما طرفاً فى تلك المشارطة. وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وإعتد بالإحالة العامة المعماة الواردة فى سند الشحن إلى كافة شروط وبنود مشارطة ايجار السفينة والتى تضمنت فى البند العشرين منها الاتفاق على التحكيم باعتباره مندمجاً فى سند الشحن فإنه

---

(١) نقض مدنى جلسة ١٩٧٢/٢/١٦ - القضاة ، السنة (٢٩) ص ٣٦١ .

يكون قد شابه قصور فى التسبيب جَره إلى الخطأ فى تطبيق القانون وتأويله».

ومن المسائل التى لم ترد ضمن الأسباب المشار إليها فى المادة ٥٣ من قانون التحكيم، أنه لايجوز اتخاذ أى إجراء طوال فترة انقطاع سير الخصومة والبطلان المترتب على ذلك، لايتعلّق بالنظام العام. ومن ثم فهو بطلان نسبى لايملكه إلا الخصم الذى شرع لمصلحته، أى الذى قام به سبب من أسباب الأنقطاع (١).

ولا شك أن النصوص المتعلقة بأهلية المحكم وتعتبر من النظام العام، سواء فى إطار التحكيم الداخلى أم الدولى. ويترتب على مخالفتها البطلان المطلق.

ولما كان شرط الحياد فى المحكم يعتبر شرطاً لازماً لقيامه بوظيفة قضائية، وكان انحياز المحكم وعدم حيادة مؤدياً إلى حكم غير عادل مطعون فى صحته قابلاً للطعن فيه بدعوى البطلان وهو مايعرضه لمخاطر عدم الاعتراف به وتنفيذه (٢).

٢٨٤- وإذا كان المشرع المصرى قد اعتنق مبدأ جواز التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، فإنه فى نفس الوقت قد أورد قيداً على هذا المبدأ، هو ضرورة موافقة الوزير المختص، أو من يتولى إختصاصه، ومنع التفويض فى هذا الاختصاص.

---

(١) بما فى ذلك الحكم الذى يصدر فى الدعوى (نقض مدنى ١٩٩٦/١١/٢١ - القضاة - س ٢٩ ص ٦١٧ رقم٢). ويجوز النزول عن هذا البطلان بما يؤدى الى اعتبار الاجراءات صحيحة.

(٢) الدكتور عكاشة عبد العال - مذكرات فى المفترضات الموضوعية والشروط الذاتية فى المحكم - بيروت ص٨ وفى هذا المعنى ، ماسبق رقم ٩٣٠ .

وتأسيساً على ذلك، فان شرط التحكيم المدرج فى عقد ادارى دون موافقة الوزير المختص سلفاً، يعتبر باطلاً ولكن هذا البطلان نسبى يقتصر على من شرع لمصلحته وهو الوزير المختص، والموافقة اللاحقة من الوزير المختص تُصحح البطلان.

ولاشك أن اتفاق التحكيم اللاحق على قيام النزاع يعتبر صحيحاً اذا وافق عليه الوزير المختص (١).

ولا يجوز للجهة الادارية – التي أخطأت في عدم الحصول علي الاذن – إذا ما صدر حكم التحكيم أن تتمسك ببطلانة.

ثانياً - البطلان المنصوص عليه فى قانون التحكيم :

٢٨٥– عدم وجود اتفاق تحكيم، أو بطلانه أو قابليته للأبطال، أو سقوطه لانتهاء مدته:–

ولاشك أن عدم وجود اتفاق تحكيم أصلاً، أو وجود اتفاق باطل معيب بعيب من عيوب الإرادة، كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال (٢) يكون سببا من اسباب بطلان حكم التحكيم.

والحق فى طلب إبطال العقد للغلط أو التدليس يتوافر به شرط المصلحة اللازمة بقبول الدعوى (٣).

---

(١) ماسبق رقم ٢٠٩ .

(٢) ويخضع للقانون الذى اتفق عليه الأطراف لحكم العقد الأصلى او اتفاق التحكيم او القانون الاكثر ارتباطاً بالنزاع متى تخلف الاتفاق. هذا مع مراعاة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلى فى خصوص القانون المختص.

وقد سبق بيان القواعد الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم الخاضع لمعاهدة نيويورك.

(٣) الطعنان رقما ٨٢٤، ٨٢٩٩ لسنة ٦٥ جلسة ١٩٩٧/٦/٢٢ القضاة س ٢٩ ص ٤٤٦ رقم(٦).

ولما كان من المقرر أنه «يجوز النزول عن التحكيم صراحة أو ضمناً وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص باسباب سائغة، وفى حدود سلطته الموضوعية من قبول الخصوم أمام الخبير، وتقديمهم المستندات، والتعرض للموضوع تزولهم ضمناً عن الحكم بما يؤدى إلى إنقضاء مشارطة التحكيم، وأمام قضاءه ببطلان حكم المحكمن تأسيساً على انقضاء هذه المشارطة بما يفيد صدور الحكم بغير وثيقة تحكيم، وهو مايندرج تحت نص الفقرة الأولى من المادة ٥١٢ من قانون المرافعات، فإنه يكون قد اصاب صحيح القانون، ويضحى النعى على غير أساس (١).

٢٨٦- والنزول عن شرط التحكيم يعتبر مسألة واقع "Une Quetion de Fait" وبهذا أقر القضاء الفرنسى أن هذا النزول يمكن أن يكون ضمنياً، وأنه ينتج على الأخص من رفع دعوى الموضوع أمام محاكم الدولة، متى كان مقدراً خضوع المنازعة للتحكيم (٢).

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٩٣ (٣) فى تقديرها لقصد الأطراف الذى اخذت به محكمة الاستئناف بشأن مطالبات الضمان من الغير أمام المحكمة التى رفعت إليها. أنه لاينطوى على أى إخلال بالتعهد أو الارتباط الخاص بالمحيلين فى شأن إخضاع المنازعات بينهم وبين المحال إليهم - والناشئة عن عقد الحوالة - للتحكيم.

بمعنى أن المطالبات - الخاصة بضمان أو كفالة الديون الموجهة من

---

(١) الطعن رقم ٧٥٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٢/٤/٢٩ وراجع حكم النقض فى ١٩٨١/٣/٢٦ والتعليق على البند (أ) من الفقرة الأولى من المادة ٤٨ من قانون التحكيم.

(2) Paris 7 Juin 1984. Rev arb 1985. P. 504, Note Mezger.

(3) Cour. els cass, 3 Nov. 1993. Rev arb. 1994. No. 3 P. 533 et s.

المحيلين إلى المحال إليهم، لاتمس شرط التحكيم الذى يرتبطون به، ولاتنهض دليلاً على النزول عن هذا الشرط، وكان المحال إليهم قد احتجوا بالنزول عن شرط التحكيم. وقد رفضت محكمة ليون الطعن بالبطلان على حكم التحكيم فى حكمها الصادر فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٢ .

٢٨٧- وفيما يتعلق باتفاق التحكيم الذى يبرمه غير كامل الأهلية، تنص المادة ١/٥٣ بند «ب» من قانون التحكيم على أنه «لاتقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا فى الأحوال الآتية:-

إذا كان طرف اتفاق التحكيم وقت ابرامه فاقد الأهلية أو ناقصها. وفقاً للقانون الذى يحكم أهليته».

وعلى ذلك، إذا كان سبب البطلان متعلقاً باتفاق التحكيم، وراجعاً إلى نقص الأهلية وقت إبرامه اتفاق التحكيم. فهو بطلان نسبى بالنسبة لناقص الأهلية، فلا يجوز للمتعاقد الآخر رفع دعوى البطلان لانتفاء مصلحته (١) إذ لا يتمسك بالبطلان إلا من شرع لمصلحته (٢).

وقد قضى بأن الإجازة تصرف قانونى، يتضمن إسقاطاً لحقٍ، فلا يملكها ناقص الأهلية (٣)، ولكنه يملكها بعد اكتمال أهليته.

ويعتد فى هذا بالقانون الذى يحكم الأهلية (٤).

(١) نقض مدنى فى ١٩٤٨/١١/٨ الطعن رقم ٧٣ لسنة ١٧ ق.

(٢) ونرى أن البطلان يكون مطلقاً، متعلقاً بالنظام العام، إذا كان من ابرم اتفاق التحكيم عديم الأهلية، ويجوز التمسك به حتى من المتعاقد الآخر، ولهيئة التحكيم أن تقضى به من تلقاء نفسها.

(٣) نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٥١ س (٢) ، ص ٢٨٩ رقم ٥٥ .

(٤) وهذه الأهلية هى أهلية مباشرة التصرفات القانونية، وهى تختلف عن الأهلية الإجرائية المتعلقة بتحريك الخصومة وفقاً لقانون المرافعات، فهذه الأخيرة تجعل الخصومة باطلة بطلاناً مطلقاً متى رفعت من غير كامل الأهلية.

وطبقاً للقانون المصرى، تخضع أهلية الشخص الطبيعى للقانون الذى ينتمى إليه الشخص بجنسيته (م ١١ مدنى)، وتخضع أهلية الشخص الاعتبارى، إذا كان من الأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات، ومؤسسات وغيرها، لقانون الدولة التى يوجد بها مركز إدارتها الفعلى متى كانت لاتباشر نشاطها فى مصر، وهى تملك إبرام اتفاق التحكيم وفقاً لهذا القانون، أما إذا كانت تباشر هذا النشاط فى مصر، يسرى القانون المصرى بصرف النظر عن وجود مركز ادراتها الرئيسى (١) فى دولة أجنبية.

٢٨٧مكرر- وينصرف عدم الأهلية بوجه عام، إلى حالة الحجر.

وكذلك الحال عند وجود نص قانونى مانع من إبرام اتفاق التحكيم لأحد طرفى العلاقة، كما هو الحال بالنسبة لشرط التحكيم المدرج فى عقد ادارى دون موافقة الوزير المختص سلفاً.

وكما سبق بيانه، يمكن تأسيس بطلان اتفاق التحكيم استناداً إلى مخالفته للقانون الذى يحكم هذا الاتفاق والذى يعتبر المرجع فى تقدير صحته.

ويمتنع على التاجر الذى حكم بإشهار إفلاسه، الاتفاق على التحكيم اعتباراً من تاريخ الحكم بشهر الافلاس. وذلك فى إطار المسائل الداخلة فى نطاق التفليسة والتى تؤدى إلى الاضرار بالدائنين. أما تلك التى تخرج عن هذا النطاق. مثل الأموال التى لايجوز الحجز عليها، فإنها تخرج عن نطاق التفليسة ولايشملها المنع.

(١) معيار وجود مركز الادارة الرئيسى فى مصر، لايؤدى وحده الى تمتع هذا الشخص بالجنسية المصرية. فهو معيار يكشف عن موطن الشخص الاعتبارى، ويحدد القانون الواجب التطبيق على نظامه القانونى، ولايصلح وحده للكشف عن جنسية الشخص الاعتبارى فى مصر، ولا شأن له بتحديد تبعيته السياسية (الدكتور هشام صادق- والدكتورة حفيظة الحداد المرجع السابق ص ٣٠٠).

ويكون إبرام المفلس اتفاق تحكيم بشأن تجارة جديدة مارسها بعد شهر الإفلاس جائزا متى كان فى مصلحة جماعة الدائنين.

وتبطل جميع التصرفات الصادرة من المفلس فى فترة الريبة المنصوص عليها فى المادة ٥٩٨ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ . ويكون اتفاق التحكيم بشأنه باطلاً بطلاناً مطلقاً. أما اتفاق التحكيم بشأن التصرفات الخاضعة للبطلان الجوازى (م ٥٩٩) فهو خاضع لتقدير المحكمة، ويصح اتفاق التحكيم المبرم من المفلس قبل فترة الريبة وقيام المفلس بموالاة اجراءات التحكيم يبطلها بطلاناً نسبياً لمصلحة جماعة الدائنين وهذا البطلان تصححه الإجازة اللاحقة من وكيل الدائنين(١).

ويكون اتفاق التحكيم صحيحاً متى كان النزاع ناشئاً عن عدم تنفيذ عقد منبت الصلة تماماً بحالة الافلاس (٢).

وقابلية المنازعة لتسويتها بطريق التسويتها بطريق التحكيم تعد ركناً اساسياً، وشرطاً جوهرياً لصحة اتفاق التحكيم.

ولهذا يمكن أن يندرج ذلك تحت أسباب رفع دعوى البطلان التى تسند هنا إلى بطلان اتفاق التحكيم لتخلف شروط صحتة إذ انصّب على مسألة لاتقبل التسوية بطريق التحكيم.

---

(١) الدكتور عصام الدين القصبى فى النفاذ الدولى لأحكام التحكيم سنة ١٩٩٣ ص ١٠٨ .

(١) الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عكاشة عبد العال المرجع السابق ص ٤١٥ ومابعدها.

(2) Cass. com. 10. Janv 1984.

مشار اليه فى الدكتور أشرف عبد العليم الرفاعى النظام العام والتحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية ص ٢٠٥ .

ويمكن من ناحية أخرى أن يقف المحكّم فى خصومة التحكيم عن القضاء ببطلان اتفاق التحكيم لعدم قابلية النزاع الذى انصب عليه الاتفاق للتسوية بطريق التحكيم وهو مايؤدى بهيئة التحكيم إلى الحكم بعدم اختصاصتها، ذلك أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد سنده فى الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، فالمحكم هو قاضى اختصاصه، يجب عليه أن يفصل فى مدى صحة أو عدم مشروعية ولايته بسبب بطلان اتفاق التحكيم فى حد ذاته أو بسبب عدم قابلية النزاع للتحكيم كما هو الحال فى هذا الخصوص.

٢٨٨- ويكون اتفاق التحكيم باطلاً بطلاناً حتمياً، إذا لم يكن مكتوباً(١)، فإذا صدر الحكم استناداً إلى هذا الاتفاق الباطل، كان باطلاً بدوره.

ويلحق البطلان اتفاق التحكيم إذا اتفق الاطراف فيه على ان تتم المداولة علناً.

وإذا كان بطلان الحكم يعزى سببه إلى بطلان اتفاق التحكيم، تسترد المحكمة المختصة بنظر النزاع أصلاً اختصاصها الأصيل استناداً إلى العقد الأصلى الذى يبقى قائماً منتجاً لآثاره طبقاً لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن هذا العقد الأصلى.

---

(١) والكتابة هنا. كما سبق القول - تعتبر شرطاً لصحة اتفاق التحكيم، لازمة لانعقاده، وليست شرطاً لأثباته. ويلاحظ أن الكتابة فى قبول المحكم لمباشرة مأموريته ليست سوى شرط إثبات - ومن الجائز اثبات هذا القبول بالقرار أو اليمين.

سقوط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته :-

٢٨٩- إذا سقط اتفاق التحكيم بإنتهاء مدته الاتفاقية. فإن المشرع وأن لم يرتب على ذلك بطلان اتفاق التحكيم. ومع ذلك، فإن هذا الاتفاق يكون قد فقد صلاحيته وقوة نفاذه، لسقوطه بانتهاء مدته، ولا يجوز أن يثنى عليه الحكم، والا كان باطلاً (١).

وهذا المعياد يشترط عادة فى الاتفاق على التحكيم، فإذا لم يعين فى الاتفاق، فإنه يكون بحكم القانون اثنى عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم طبقاً للمادة ١/٤٥، فإذا أصدر المحكّمون حكمهم بعد هذا الميعاد كان باطلاً.

ويلتزم المحكم بالاجراءات والمواعيد القانونية والاتفاقية، حتى فى نطاق التحكيم بالصلح.

وهذه المواعيد لاتتعلّق بالنظام العام، فيجوز للأطراف الاتفاق على مد هذا الميعاد أو انقاصه.

ويجوز التمسك بهذا البطلان إستناداً إلى المادة ١/٢٢ من قانون التحكيم فى صورة دفع فرعى أثناء النزاع، وفى ميعاد لايجاوز دفاع المدعى عليه المنصوص عليه فى المادة ٢/٣٠ من القانون. أو فى صورة دعوى البطلان بعد الحكم فى موضوع نزاع التحكيم.

٢٩٠- والبطلان المؤسس على انتهاء اتفاق التحكيم لايمّس مايكون

---

(١) وقد قضى بأنه إذا انتهى الامر إلى بطلان الحكم، رغم ذلك، قضى بصح التسوية الودية التى أبرمها الاطراف استناداً الى الحكم الباطل، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون، لأن اتفاق الأطراف لم يكن نابعاً من إرادتهما وإنما كان استناداً إلى افتراض صحة الحكم الباطل.

(نقض مدنى ١٩٨٠/١٢/٣٠ مجموعة ال٥٠ عاماً ص ١٧٠٢).

قد صدر من المحكّمين من أحكام قطعيّة فى فترة قيام المشارطة (١).

ومع ذلك، إذا حضر الطرفان أمام هيئة التحكيم. ولم يتمسك أحدهما أو كلاهما بسقوط اتفاق التحكيم، رغم فوات ميعاد التحكيم القانونى أو الاتفاقى، وواصلا إجراءات الخصومة، فان وموالاه الخصومة يعد بمثابة نزول عن التمسك بالبطلان الذى لايتعلّق بالنظام العام، ويسقط بالتالى كل أثر لتجاوز المعياد.

٢٩١- وغنى عن البيان أن «حصول الإعفاء من التقيد بقواعد المرافعات لايؤدّى إلى عدم اتباع الاحكام الخاصة بالتحكيم الواردة فى ذات القانون، ومن بينها وجوب إصدار الحكم خلال الميعاد المحدد قانوناً عند عدم اشتراط أجل للحكم» (٢).

وقف سريان ميعاد استصدار حكم التحكيم :-

٢٩٢- ويجوز للطرفين الاتفاق على وقف إجراءات التحكيم لمدة معينة، وهذا الوقف لايوقف ميعاد استصدار حكم التحكيم. ولايمنع من سريانه، إلا أنه يجوز للأطراف الاتفاق على مد هذا الميعاد.

ومن المقرر أن القوة القاهرة التى تحول دون عرض النزاع على التحكيم أو إتمامه فى الميعاد المحدد قانوناً أو اتفاقاً، لاتهدر شرط التحكيم المتفق عليه، ولايترتب عليها انتهاء هذا الاتفاق، وإنما مجرد وقف سريان الميعاد.

---

(١) نقض مدنى ١٩ يولية سنة ١٩٥٨ س٩ ص ٥٧١ .

(٢) ومع ذلك يرى جانب من الفقه أن البطلان هنا يتعلق بالنظام العام وأن اتفاق الطرفين صراحة أو ضمنا عن حكم التحكيم يعد بمثابة صلح على النتيجة التى انتهى إليها الحكم.

ونرى وقف المدة خلال إجراءات التحقيق فى الفترة ما بين تاريخ الحكم التمهيدى وتبليغ النتائج التى لايمكن القيام بها إلا ببيان بواسطة الخبير المعين (١)

ولايؤثر أيضا على اتفاق التحكيم، عزل المحكم، أو وفاته، أو رده أو تنحيه.

وإذا حدث بعد مشارطة التحكيم سبب يمنع المحكم من الحكم فلا ينقد عقد التحكيم إلا باتفاق جديد بين الخصوء على شخص المحكم. وهذه القاعدة يعتبر حكمها من النظام العامة. كل هذا بشرط انقضاء مشارط التحكيم موضوع النزاع التى تكون قد تحققت قبل وفاة المحكم(٢)

انقضاء شرط التحكيم باستحالة تنفيذه :-

وينتهى اتفاق التحكيم بسبب استحالة تنفيذه ، وذلك لقيام ارتباط لايقبل التجزئة بين النزاع المتفق على التحكيم بشأنه، ونزاع آخر لايدخل فى نطاق التحكيم، أولا يجوز التحكيم فيه، مطروح أمره على القضاء، عندئذ يستحيل الفصل فى النزاع المتفق عليه أمام قضاء التحكيم، ويتعين بالتإلى الفصل فى النزاع برمته بمعرفة القضاء، ويغدو اتفاق التحكيم غير ذى موضوع.

ولكى يبقى اتفاق التحكيم قائماً وله أهميته ، وإذا انصب منازعات أخرى منبتّه الصّلة بموضوع النزاع الماثل (٣).

---

(1) Cass. 5 Avril . 1994 arb . 1995 . P. 59 et . s

(٢) نقض مدنى ١٩٧٣/٢/٢٤ س ٢٤ ع (١) ص ٣٢١ .

(٣) الدكتور أحمد أبو الوفا – التحكيم الاختيارى والاجبارى . المرجع السابق ص ١١٥ ومابعدها، ص ١٤٩ .

انقضاء شرط التحكيم بانقضاء العقد الذى يتضمنه :-

٢٩٣- الأصل أن شرط التحكيم ينقضى بانقضاء العقد الذى يتضمنه. ومع ذلك، فإنه يظل قائماً ، منتجاً لآثاره فى حدود معينة، فيمتد إلى المنازعات التى ترتبت على العقد قبل انقضائه، وتلك التى تجد مصدرها فى وقائع مرتبطة بالعقد قبل انقضائه.

فشرط التحكيم الذى أبرمه المدين قبل حالة التوقف عن الدفع، يظل قائماً، ويتمّ مواصلة تنفيذه. ولامحلّ للتمسك بعدم اختصاص هيئة التحكيم بشأنه (١).

٢٩٤- ويتّجه جانب من الفقه الفرنسى (٢) إلى التفرقة بين وثيقة التحكيم وشرط التحكيم فوثيقة التحكيم محددة بنزاع معين. وتتلاشى آثارها بانتهاء خصومة التحكيم التى كانت محلاً لها. وعلى ذلك، فإنه بمجرد انتهاء مدة التحكيم، فإن خصومة التحكيم لم يعد لها محل، وتعتبر الوثيقة معيبة بالبطلان. فإذا أصدر المحكم حكمه على أساس هذه الوثيقة، فإن الحكم يكون باطلاً بمقتضى المادة ١/١٤٨٤ من قانون المرافعات الفرنسى، وفقط، فإن قيام وثيقة جديدة تفترض اتفاق الأطراف بحيث تسمح لهم بإنشاء خصومة جديدة للفصل فيها.

أما شرط التحكيم، فإنه على العكس، لايتحدد بنزاع معين، ولكنه يتجه إلى حكم جيمع المنازعات المحتمل نشوئها المتعلقة بالعقد، فإن آثاره لاتتلاشى بانتهاء خصومة التحكيم بسبب انقضاء مدة التحكيم

---

(١) راجع فى ذلك نقض مدنى فرنسى فى ١٩٦٦/١١/٢٥ ، ١٩٨٢/٧/١٩ مشار اليهما فى الدكتور مختار أحمد بررى فى التحكيم التجارى الدولى ص ٢٥٩ ، ٢٦٠. وهامش رقم ٣٥٩ .

(2) Note Daniel Cohen. Note sous cour d'appel de Colmars 21 Sept. 1993. Rev. arb 1994. No. 2 . P. 348 et s.

إذ لايستطيع المحكّم أن يصدر حكمه بمقتضى الوثيقة خارج مدة التحكيم، ولكن على عكس هذا الاتفاق الاخر للتحكيم، فإن شرط التحكيم لايستوجب تكرار اتفاق الأطراف من أجل إفساح المجال لخصومة تحكيم جديدة، وهذا الوضع ينهض على أساس نفس شرط التحكيم الذى يستطيع أحد الأطراف إجبار الطرف الآخر لحسم النزاع بمعرفة محكمة تحكيم مشكلة من جديد.

عقد تنظيم أو إدارة التحكيم الذى يربط الأطراف بمنظمة التحكيم (فى إطار غرفة التجارة الدولية):-

Le Contrat d' organisation ou d'adimnistration d' arbitrage

٢٩٥- اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف هو عقد تمهيدى لاتفاق تنظيم أو إدارة التحكيم. وهذا الاتفاق الأخير يبرم متأخراً مع مركز أو منظمة تحكيم يربط الأطراف بها يهدف إدارة التحكيم دون الحكم فى موضوع النزاع. الذى يتم الاحتفاظ به لهيئة التحكيم. وهذه الأخيرة يسهم المركز أو المنظمة فى تشكيلها.

وقد أثيرت مسألة بطلان اتفاق تنظيم التحكيم بسبب تخلف المحل والسبب وعدم مشروعيتهما فى اطار النظام العام وكذلك مسألة القانون الواجب التطبيق على هذا الاتفاق.

ذهبت محكمة استئناف باريس فى ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٨ (١) أنه عند تخلف اختيار الخصوم للقانون الواجب التطبيق، وفى حالة سكوت لائحة تنظيم غرفة التجارة الدولية. فإن القانون الفرنسى يكون هو الواجب التطبيق.

---

(1) Clunet 1999 P. 162 et s. Note Loquin.

ولما كان صحيحاً أن المادة الأولى من اتفاقية روما فى ١٩ يونية سنة ١٩٨٠، تستبعد من نطاق تطبيقها اتفاقات التحكيم، وهذا الاستبعاد لايعنى فى مسائل التحكيم إلا مشارطة التحكيم، وشرط التحكيم، ولكنه لايخص عقود تنظيم أو إدارة التحكيم المبرمة بين الأطراف ومراكز التحكيم (فى اطار غرفة التجارة الدولية، والتى تعتبر من طبيعة وموضوع مختلف.

وهنا يفترض أن العقد بمثل الروابط الوثيقة بالاقليم حيث الطرف الذى يمارس الأداء المميز. وانه يعتبر مركزاً فى باريس (١).

ويترتب على ذلك، أنّ محكمة الاستئناف تقدر صحة العقد طبقاً للقانون الفرنسى والمادة (٨) من اتفاقية روما.

ويتّجه الرأى الرّاجح إلى أن البطلان بسبب تخلف المحل أو السبب فى عقد تنظيم التحكيم هو بطلان نسبى، لأنه يهدف إلى حماية مصلحة خاصة لأطراف العقد، وليست مصلحة عامة.

ومع ذلك، فإنه استناداً إلى الحكم الصادر من محكمة باريس الدرجة الثانية، الذى يرتكز على الفكرة التقليدية، فإن القضاء يجرى على اعتبار البطلان لتخلّف المحل أو السبب هو بطلان مطلق يتقادم بثلاثين عاماً (٢).

---

(1) Clunet. op. cit. P. 172. et s.

(2) Cuss civi 20 Oct. 1981 Bull. civ. No 30.

فصل حكم التحكيم في مسألة لايشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز هيئة التحكيم حدود ولايتها:-

وهذا السبب يتأسس على وجوب احترام المحكّمين للمهمة المنوطة بهم القيام بها، فى شأن تحديد موضوع النزاع بدقة، وماتنصرف إليه إرادة المحتكمين فى عرضه على هيئة التحكيم، حتى يمكن رقابة مدى التزام المحكمين حدود ولايتهم أو خروجهم عنها، لأن المعول عليه فى اصدار حكم التحكيم هو اتفاق الأطراف، بحيث لاتملك الهيئة الخروج عن مشارطة التحكيم أو تجاوز مضمونها أو التصدى لمسألة لايشملها اتفاق التحكيم.

ومخالفة هذا السبب يؤدى إلى البطلان.

ونرى أن هذا البطلان نسبى (١) لأن المسألة تعزى إلى مخالفة إرادة الأطراف التى تمّ الاتفاق عليها فى وثيقة التحكيم، وليس مرجعها مخالفة نص قانونى آمر، ومن ثم يجوز لهم اجازة مثل هذا التجاوز.

وإذا اتفق على التحكيم بشأن المنازعات الناشئة عن عقد معين، فلا يمتد التحكيم إلى المنازعات الناشئة عن عقد آخر.

وإذا كان المعروض على هيئة التحكيم طلب الفصل فى المنازعات ناشئة عن تنفيذ عقد شركة. فأن حكم التحكيم الذى قضى ببطلان الشركة يكون قد جاوز حدود مهمته(٢).

---

(١) وقضت محكمة النقض فى ١٩٩٧/١/٢ فى اطار قانون المرافعات ان لمحكمة الموضوع سلطة فهم الواقع فى الدعوى واعطائها التكييف القانونى الصحيح بشرط التزامها بطلبات الخصوم فى الدعوى وان خروجها عن هذا النطاق يجعل الحكم وارداً على غير محل باطلاً بطلاناً أساسياً متعلقاً بالنظام العام.

(القضاه. السنة (٢٩) ع (٢) ص ٦٣٦ رقم ٤).

(٢) نقض مدنى ١٩٥٢/١/٢ المحاماة السنة ٢٣ ع (٨) ص ١٢٤٩ .

ومن قبيل البطلان الجزئي، فقد أبطلت محكمة استئناف باريس حكم هيئة التحكيم الذى قضى بتحديد بداية حساب الفوائد التأخيرية فى تاريخ سابق على ذلك الذى تمسك به المدعى (١) وكذلك ببطلان حكم تحكيم فصل فى الحقوق العقارية لأحد الأطراف فى حين أن اختصاصه كان قاصراً على تحديد مآل النظام القانونى للشركة(٢).

ومع ذلك قضى بأن الحكم بالفوائد- حتى ولو لم تطلب - لاخروج فيه، لأن الفوائد تعد من المسائل المرتبطة بمهمة المحكمة (٣).

وكذلك الحال اذا كان المطروح على التحكيم تصفية حسابات بين الأطراف، فأنه يمكن الحكم بالمقاصة.

وإذا كان الحكم يعتبر باطلاً فى هذه الأحوال، الا أن البطلان يكون قاصراً على الجزء من الحكم الذي قضى خارج نطاق حدود وثيقة التحكيم، مالم يكن الجزءان مرتبطين ببعضهما ارتباطاً غير قابل للتجزئة، فهنا يبطل الحكم برمته.

وللمحكمة المعروض عليها دعوى البطلان عند الفصل فى هذا السبب أن تتصدّى لتفسير وثيقة التحكيم على ضوء وقائع النزاع. وما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للطرفين، للتحقق من حدود سلطة المحكم وبيان مدى خروجه عن تلك الوثيقة أو فصله فى مسألة لم

---

(١) الدكتور هشام صادق. والدكتورة حفيظة الحداد دروس فى القانون الدولى الخاص سنة ١٩٩٨ ، سنة ١٩٩٩ . ص ٢٤٦، ٢٤٧ .

(٢) الدكتور هشام صادق والدكتورة حفيظة الحداد المرجع السابق ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ .

(٣) استئناف باريس فى ١٩٨٤/١/١٣ مشار اليه الدكتور مختار أحمد بريرى. التحكيم التجارى الدولى المرجع السابق هامش رقم ٣ .

تتضمنها، أو لا يمت لموضوع النزاع ولها فى سبيل ذلك اعطاء الوقائع التكييف القانونى الصحيح وبشرط التزامها بالطلبات المطروحة.

ولاشك أن الحكم بشئ لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، وإن كان يعتبر سبباً من أسباب التماس إعادة النظر- والذى منع المشرع الطعن فى التحكيم استناداً إليه - يعادل تماماً خروج المحكم عن حدود ولايته أو فصله فى مسألة لايشملها اتفاق التحكيم. ومن ثم، فإنه يمكن أن يندرج تحت هذا السبب الموجب للبطلان.

ولاتُطبق فى إطار التحكيم قاعدة أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع(١)

كذلك بالنسبة للمسائل الأولية التى تخرج عن نطاق التحكيم، فإذا كان التحكيم ينصب على تسوية مسألة مالية مترتبة على طلاق وثار الخلاف حول ثبوت الطلاق أو عدم ثبوته، أو وصف الطلاق بأنه رجعى أو بائن، فإنه لايجوز الفصل فى هذه المسألة الأولية لخروجها عن حدود ولاية المحكم وإلا كان الجزاء البطلان، ويتعين وقف خصومة التحكيم. لحين البت فى هذه المسألة الأولية (٢).

وإذا كان اتفاق التحكيم يتحدد نطاقه بالمنازعات الناشئة عن تفسير نصوص العقد المبرم بين المهندس ورب العمل، فإن المنازعة بشأن استحقاق المهندس لباقي أتعابه لاشأن لها بتفسير العقد(٣).

ولايجوز قيام المحكم بالفصل فيما لم يطلب منه، ولو كان متصلاً

---

(١) نقض ١٩٧١/٢/١٠ س ٢٢ ص ١٨٩ وماسبق رقم ٦٥ .

(٢) راجع ماسبق رقم ١١٩ .

(٣) نقض مدنى ١٩٨٠/١٢/٣٠ مجموعة الـ ٥٠ عاماً ص ١٧٠٢ .

بموضوع النزاع كالحكم بابطال عقد شركة فى حين أن المطلوب تصفيتها (١).

وقد يأخذ تجاوز المحكّم للمهمة المسندة إليه. إغفال الفصل فى بعض الطلبات المطروحة فى الدعوى علي بساط البحث. وهذه مسألة مغايرة ومختلفة تماماً عن سبب البطلان الذى تعالجه، ولامحل فيها لدعوى البطلان، انما يلزم بشأنها استصدار حكم تحكيم إضافى.

٢٩٧- ومبدأ إصدار المحكم للحكم دون الالتزام بحدود مهمته. يسرى أيضاً على حكم التحكيم الإضافى، الذى ينصب على ماتم إغفاله من طلبات، إذ تظل دائرة هذا الحكم الاضافى مقيدة باتفاق التحكيم وحدوه. والا شابه البطلان.

ويتحقق البطلان أيضاً بالنسبة للحكم التفسيرى، متى تضمن التفسيرتعديلاً لحدود المهمة أو خروجاً على نطاقها.

وكذلك الحال إذا تجاوزت هيئة التحكيم حدود مهمتها فى شأن ضوابط التصحيح المادى. فإن الحكم يكون عرضة للبطلان. حتى ولو كان الهدف منها إزالة العيوب التى تشوب الحكم.

٢٩٨- والمحكّم المفوّض بالصلح لايكون متجاوزاً حدود مهمته متى طبق القانون أما المحكّم بالقانون. فإنه يكون متجاوزاً حدود مهمته متى فصل فى النزاع بمقتضى قواعد العدالة، وهو مايعيب الحكم بالبطلان نظراً لمايترتب على الحكم بالصلح من نتائج خطيرة.

---

(١) الدكتور مختار أحمد بريرى المرجع السابق ص ٢٦١

تجاهل المحكم تطبيق القانون الذى اتفق عليه الأطراف:-

٢٩٩- وتحقق دعوى إبطال حكم التحكيم فى قانون التحكيم متى أغفل المحكم أو تجاهل تطبيق القانون الذى اتفق عليه الأطراف لحكم النزاع.

ذلك أنه بعد أن أرست المادة ١/٥٢ من قانون التحكيم مبدأ عدم جواز الطعن على أحكام التحكيم بأى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات، عادت المادة ١/٥٣ بند (د) فأجازت رفع دعوى بطلان حكم التحكيم. إذا استبعد الحكم تطبيق القانون الذى اتفق الأطراف علي تطبيقه على موضوع النزاع، كما لو طبق المحكم عرفاً تجارياً بدلاً من القانون المتفق عليه، إذ يلتزم المحكم بتطبيق هذا القانون، سواءً ارتبط بالنزاع أم لا، استناداً إلى أن إرادة الأطراف يجب احترامها، والاعتداد بها، وأن تكون هى وحدها محل اعتبار من جانب هيئة التحكيم.

والمقصود هو القانون المختار برمته إلا إذا خصص الأطراف أحكاماً، أو قواعد موضوعية منه، فيجب عندئذ مراعاتها وحدها دون غيرها من قواعد ذلك القانون، حتي ولو باسم النظام العام (١) وإلاّ تعرّض حكم التحكيم لدعوى الإبطال.

ويعتبر مسخ المحكّم للقانون المتّفق على تطبيقه بمثابة استبعاد له. وتجاهل لأحكامه، وهو مايجيز رفع دعوى البطلان. وفى هذا يشير تقرير اللجنة المشتركة بمضبط مجلس الشعب أنه يدخل فى مفهوم نطاق استبعاد القانون الواجب التطبيق الخطأ فى تطبيقه إلى درجة مسخه».

(١) ما سبق رقم ١٥١ ص ٢٥٩ .

ويأخذ نفس الحكم السّابق، ماتنصّ عليه المادة السادسة من قانون التحكيم المصرى على أنّه إذا اتّفق الأطراف على إخضاع العلاقة القانونية بينهم لأحكام عقد نموذجى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم.

واتجّه رأى (١) إلى أن هذا السبب من أسباب البطلان لايمتد إلا إلى حالة اختيار الأطراف صراحة لقانون معين لحكم النزاع دون الأحوال الأخرى التى تؤدّى فيها أحكام تنازع القوانين إلى تطبيق قانون معين.

ومع ذلك ذهب جانب آخر من الفقه (٢) إلى أنه يعّد ملزماً لهيئة التحكيم اتفاق الأطراف على إعمال قاعدة تنازع فى تشريع معين أدّى إلى تحديد القانون استناداً إلى أن قاعدة التنازع التى تم الاتفاق عليها والتى أدت إلى «تحديد هذا القانون يعد ثمرة غير مباشرة لاتفاق الأطراف». أما إذا ترك الأمر لهيئة التحكيم تختار قواعد التنازع التى تراها. فهذا لايعد اختياراً من جانب الأطراف– وفي حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع، فهو ما يستخلص منه أنهم عهدوا إلى هيئة التحكيم باختيار القانون الملائم والذى تراه أكثر ارتباطاً بالنزاع.

وفى جميع الأحوال يجب مراعاة مدى تعارض القانون المختار مع

---

(١) الدكتور اكثم الخولى الاتجاهات العامة فى قانون التحكيم الجديد ص ٢٢،٢٣ .

(٢) الدكتور مختار احمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى سنة ١٩٩٥ ص ٢٤ ومابعدها رقم .

النظام العام بمفهومه فى العلاقات الدولية

٣٠٠- ولاشك أن قواعد البوليس ذات التطبيق الضرورى تنأى عن أى اتفاق بمعنى أنها تفرض نفسها على المحكّم على سبيل الوجوب والحتم، كما تفرض نفسها على الأطراف أنفسهم. إذ تعتبر بمثابة قيود آمرة تخضع لها الإرادة. وقد يؤدّى تطبيقها إلى استبعاد القانون المتّفق عليه بصورة جزئية. فلا يتّرتب على إعمالها أو تطبيقها أى بطلان (١)، وعلى الأخّص أن هذه القواعد شرّعت لحماية الطرف الضعيف فى العقد، وهو مايتمشّى عادة مع توقعات الأطراف المشروعة ، كما هو الشأن عادة فى عقد العمل.

هذا، ومتى حدد الأطراف قانون العقد. فإن المحكّم يكون ملزماً بتطبيق قانون البوليس الذى ينتمي إلى قانون العقد (٢).

وقوع بطلان فى حكم التحكيم أو فى الاجراءات أثر فى الحكم :-

٣٠١- أ- وقوع بطلان فى حكم التحكيم :-

يتحقّق هذا البطلان إذا لم يستوف الحكم شروط إصداره الشكلية والموضوعية، ومن هذا القبيل صدور الحكم دون كتابة (م ٤٣ من قانون التحكيم) أو دون مداولة. وكذلك إذا لم يشتمل الحكم على صورة من

---

(١) الدكتور هشام صادق – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية . وماسبق رقم ٩٠ .

(٢) بمعنى أنه يجب على المحكم أن يطبق قوابن البوليس ذات التطبيق الفورى للنظام القانونى الذى يحكم العقد، بل ولو كانت تنتمى الى قانون اجنبى إذ ان ذلك يسهم فى مسألة التنسيق الدولى للحلول، وتسهيل الاعتراف وتنفيذ الأحكام الاجنبية وهو ما يتمشي مع اليقين القانونى المتطلب فى علاقات التجارة الدولية.

وثيقة التحكيم (١)، أو جاء خلواً من أقوال الخصوم ومستنداتهم (٢) للتحقق من حسن إستيعاب الحكم لوقائع النزاع، ودفاع طرفيه، والوقوف على أسباب الحكم، وهى بيانات لازمة جوهرية يترتب على إغفالها عدم تحقق الغاية من الإجراء، أو إذا اشترك فى اصدار الحكم غير المحكمين الذين سمعوا المرافعة (٣)، أو إذا لم يتم تسبيب الحكم رغم عدم وجود اتفاق علي إعفاء المحكمين من التسبيب. (٤)

وقد قضى بأن مؤدى نص المادتين ٥٠٧، ٥١٢/٢ مرافعات، وجوب صدور حكم المحكمين باشتراكهم جميعاً، وان كان لايلزم الا اجتماع رأى الأغلبية عليه، حيث لايجوز أن يصدر من هذه الأغلبية فى غيبة الأقلية، مالم يأذن أطراف التحكيم أنفسهم بذلك، لما ينطوى عليه من مخالفة صريحة لنص القانون، فضلاً عن مخالفته للقواعد الأساسية فى إصدار الأحكام. (٥)

ولا محل لتوقيع جزاء البطلان فى حالة حدوث خطأ مادى فى أسماء المحكمين أو الخصوم أو عناوينهم.

أما إغفال الحكم هذه البيانات من أساسها، فإنه يجعل الحكم قابلاً

---

(١) راجع أحكام النقض العديدة. ماسبق رقم ٢٢٢ .

(٢) نقض مدنى ١٩٩٠/١/٢٣ س ٤١ ص ٢٢١ رقم ٤٤، «ولاينال من ذلك أن تكون أوراق القضية قد أودعت مع الحكم وقلم الكتاب، لأن الحكم يجب أن يكون دالاً بذاته على استكمال شروط صحته، بحيث لايقبل تسوية مانقص فيه من البيانات الجوهرية بأى طريق آخر.

(٣) لأن المهمة المسندة اليهم ذات طابع شخصى بحت.

(٤) ماسبق رقم ٢٢١، فعدم التسبيب لا يعد مخالفاً للنظام العام الدولى، ولايبرر البطلان الا إذا اتفق الاطراف على ذلك صراحة، ويمكن أن يندرج عندئذ فى فكرة تجاوز الهيئة مهمتها.

(٥) نقض مدنى ١٩٨٢/٢/٢ مجموعة الـ ٥٠ عاماً ص ١٧٠٢ .

للبطلان. (١)

ويفرّق جانب من الفقه بين مدى تعلّق هذه الأحكام بمصلحة الأطراف في الدّعوى بشكل مباشر، أو كونها مجرد قواعد وشُرعت لتسهيل عمل هيئة التحكيم لأسباب عملية عند تنفيذ الحكم. وأنه لما كانت هذه القواعد ليس من شأنها الإضرار بأطراف التحكيم أو المساس بمصالحهم، فإنه لايترتب بطلان حكم التحكيم على إغفال هذه البيانات .(٢)

واتّجه جانب آخر (٣) من الفقه إلى أن تخلّف البيان الخاص بأسماء الخصوم، لا يدخل ضمن أوجه البطلان، إذ يمكن تكملة هذا البيان من بيانات أخرى، فقد أوجب المشرع ضرورة اشتمال الحكم على وثيقة التحكيم، وعلى ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم. وكذلك الحال بالنسبة لأسماء المحكّمين، فالبطلان يمكن تصحيحه بالالتجاء إلى اتفاق التحكيم أو إلى الأعمال الإجرائية الأخرى.

وإغفال تاريخ الحكم يؤدى إلى البطلان؛ لأن هذا البيان جوهرى، إذ يتحدد على ضوئه ما إذا كان حكم التحكيم قد صدر خلال الميعاد المقرر للتحكيم، أم أنه قد تجاوز هذا الميعاد.(٤)

ولكن الحكم لايبطل حتى ولو خلا من بيان تاريخ اصداره، إذا ثبت بيقين أنه صدر خلال الميعاد المقرّر للتحكيم. كما إذا كان قد تم إيداع

---

(١) الدكتور مختار أحمد بريري. المرجع السابق ص ٢٤٨ . الدكتور احمد ابو الوفا في التحكيم الاختياري المرجع السابق ص ٢٢٦ .

(٢) الدكتور هشام صادق. والدكتورة حفيظة الحداد. دروس في القانون الدولي الخاص ١٩٨٨، ١٩٩٩ ص ٢٥٧، ٢٥٨ .

(٣) الدكتور أشرف عبد العليم الرفاعي. النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة ص ٣٤١ .

الحكم قلم كتاب المحكمة خلال المعياد المقرر لإصدار الحكم. (١)

ب- وقوع بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم :-

٣٠٢- تقتضى طبيعة التحكيم عدم التوسع فى مفهوم البطلان الذى يصيب الإجراء، ويؤثر بالتالى فى الحكم، فلا ينبغى اعتبار الحكم باطلاً إلا إذا كانت المخالفة التى لحقت الإجراء جوهرية يتعلق بعدم مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضى والمساس بحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة بين الطرفين ومعاملة الخصوم على قدم المساواة، بحيث ينعكس آثاره على كيان الحكم، ولايتحقق به الغاية المقصودة من الأجراء.

إذ تلتزم هيئة التحيكم احتراماً لمبدأ المواجهة بين الخصومة فى الأجراءات أثناء سير الخصومة بأن ترسل لكل طرف صورة من المستندات والوثائق التى قد تحصل عليها مباشرة عن غير طريق الأطراف، كما لو ندبت خبيراً وقدم لها تقريراً، أو استعلمت من إحدى الجهات المتصلة بالنزاع عن معلومات، كطلب صورة من سند الشحن أو صور من خطابات بنكية. (٢)

ولايجوز أن يجرى إجراءات تحقيق النزاع فى غيبة الخصومة والا كانت باطلة بطلاناً ينعكس أثره على الحكم الصادر بناء عليها.

وكذلك فإنه مما يجعل الحكم معيباً بالبطلان أن تكون الإجراءات

---

(١) الدكتور أحمد ابو الوفا المرجع السابق ص ٢٦٩ .

(٢) الدكتور محمود السيد التحيوى، التحكيم فى المواد المدنية والتجارية وجوازه فى منازعات العقود الإدارية سنة ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة للنشر ص ١٨٥ .

التى بنى عليها مشوبة بالغش، وهو مايضم الحكم بالخلل الجسيم فى بنائه وتكوينه.

وكذلك، فإن استبعاد القواعد القانونية الاجرائية الجوهرية، مثل مسألة تعيين المحكّمين، أو تشكيل هيئة التحكيم تعيب الحكم بالبطلان».

٣٠٢- وإذا كان حكم التحكيم قد ضّم المسألة الفرعية إلى الموضوع فى حين أن المحكم كانت مهّمته قاصرة على الفصل فى مسألة اختصاصه، فإن حكمه يكون باطلاً. (١)

ولكن محكمة النقض الفرنسية لم تساير هذا الفقه، واتجهت إلى عدم ضرورة اتّباع ترتيب معّين فى شأن الاختصاص والموضوع، طالما أنه لايوجد اتفاق صريح فى شرط التحكيم يوجب على هيئة التحيكم الفصل فيهما بحكمين مستقلين.

وأتجاه محكمة النقض الفرنسية، هو ما اعتنقه قانون التحكيم، فقد نصّت المادة ١/٢٢ منه علي أن « ... تفصل هيئة التحكيم فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها ... » ونصت الفقرة الثالثة من ذات المادة على أن تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها فى الفقرة الولى من هذا المادة قبل الفصل فى الموضوع، أو أن تضمنها للموضوع للفصل فيهما معاً.

فإذا قضت برفض الدفع. فلا يجوز التمسك به إلا من خلال دعوى البطلان.

---

(1) Jean Rebert.et M. Bertrand. L'arlistrage. op.cit. P. 258.

احترام حقوق الدفاع. ومبدأ المواجهة بين الأطراف :(١)

٣٠٤- من أسباب البطلان التى أوردها قانون التحكيم. إذا تعذّر على أحد طرفى اتفاق التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم، أو باجراءات التحكيم، أو لأى سبب آخر خارج عن إرادته.

وغني عن البيان أن مجرد الاختلاف فى طريقة إعلان الحكم الأجنبى عن الطريقة المقررة فى القانون المصرى أيا كانت صورته لايمثل اعتداء على حق الخصوم فى الدفاع ولايمّس النظام العام فى مصر(٢).

وتعالج هذه الفقرة وجوه الدفاع التى كانت قائمة فعلاً أثناء سير إجراءات التحكيم، وتعذر على الخصم - صاحب المصلحة فى دعوى البطلان - تقديمها لسبب خارج عن إرادته.

ويجد هذا الوجه من أوجه البطلان أساسه فى مبدأ احترام حقوق الدفاع. فإذا صدر الحكم رغم عدم تقديم أحد الأطراف دفاعه بسبب حرمانه من الاطلاع على تقرير الخبير، أو المستندات المقدمة من الطرف الآخر. كان ذلك مسوغاً لرفع دعوى البطلان. إذ لم تتهيأ لهذا الخصم الفرصة المكافئة، والكاملة لعرض دعواه فى طريق احترام مبدأ المواجهة التى تشكل النظام العام الإجرائى. (٣)

---

(١) راجع ماسبق رقم ١٠٤ .

(٢) نقض مدنى ٢ يولية سنة ١٩٦٤ س (١٥) ع (٢) ص ٩٠٩ .

(٣) ولكن مجرد اختلاف حكم التحكيم المراد تنفيذه مع قانون الإجراءات المدنية فى الاقليم المراد إجراء التنفيذ فيه لايؤدى حتماً الى رفض تنفيذه، وبهذا قضت محكمة استئناف «نانسى» أن انتفاء تسبيب الحكم، وإسناد التحكيم إلى محكم واحد. وإن كان يخالف فى أساسة وفحواه قانون الاجراءات المدنية الفرنسى، إلا=

وإذا جرى التحكيم فى مكان يختلف عن المكان المتّفق عليه، فلا يترّتب البطلان على مخالفة ذلك. إلا إذا أدّى البطلان إلى الإخلال بحق الدفاع كما إذا تمّ الاتفاق على إجراء التحكيم فى مكان حدوث الفعل المنشئ للألتزا لاجراء المعاينة الجوهرية فى النزاع وتم التحكيم فى مكان آخر دون اجراء المعاينة المطلوبة. (١)

وكذلك الحال إذا قدم أحد الأطراف طلباً عارضاً وطلب الطرف الآخر التأجيل لتمكينه من إعداد دفاعه والرد عليه، فإن رفض التأجيل يمّس حقّ الدفاع بما يؤدّى إلى بطلان الحكم.

ويتحقّق الاخلال بحقّ الدّفاع بصورة واضحة، وبالتإلى بطلان الحكم، متى كانت هيئة التحكيم قد رفضت التأجيل كطلب الخصم - الذى تنصل وكيله فجأة عن الخصومة- لموالاة الأجراءات بنفسه.

ولا شك أنّه يمكن أن يندرّج انتهاك حقوق الدفاع فى إطار فكرة مخالفة النظام العام فى دولة القاضى التى تقف مانعاً من تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى. ونظراً لأهمية هذا المبدأ نصت عليه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجارى الدولى فقد ورد هذا المبدأ صراحة فى المادة ٢ (ب) من اتفاقية جنيف سنة ١٩٢٧ والمادة ١/٩ (ب) من اتفاقية جنيف سنة ١٩٦٠. والمادة ٥ فقرة ب،ج من اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨ والمادة ٤/٢٤ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين

= أنه لايخالف النظام العام الدولى الفرنسى، طالما أن الحكم المنفذ يتفق فيما خلص إليه مع نصوص القانون الانجليزي المختص أصلاً بحكم العلاقة.

Cour d'appel de Nancy. 20. Janv 1959. Rev arb . 1958 Note Loussouarn.

(١) الدكتور أحمد أبو الوفا المرجع السابق ص ٢٢٦ . الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عكاشة عبد العال التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية. الطبعة الأولى سنة ١٩٩٨ ص ٦٥٨ .

الدول المضيفة، وبين مواطنى الدول الأخرى. وكلها تقضى ببطلان قرار التحكيم عند مخالفة مبدأ احترام حقوق الدفاع.

تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين بالمخالفة للقانون أو اتفاق الاطراف :-

٣٠٤- من المقرر أنه متى صدر حكم التحكيم من هيئة تحكيم مشكلة على نحو مخالف للقانون أو اتفاق التحكيم. كان الحكم الصادر منها باطلاً ولايتم الالتجاء إلى القضاء (١) إلا عن قيام خلاف بين الأطراف أو المحكّمين فى مسألة تشكيل الهيئة . كما هو الحال فى شأن تعيين المحكم الوحيد، أو المحكم المرجح، أو المحكم عند أحد الأطراف الذي لم يقم بتعيينه ويشترط القانون وترية العدد. (٢) وإلا كان التحكيم باطلاً، سواء كان التحكيم متعلّقاً بالقضاء، أو الصلح إلا أنه لامحل لهذا السبب متى صدر الحكم بإجماع الآراء، لانتفاء المصلحة وتحقق الغاية.

وكذلك يلزم ألا يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً، فهذه الشروط يترتب على ثبوتها أو انتفائها كلها أو بعضها أثرها فى صحة التحكيم أو بطلانه. (٣)

واستلزام المشرع الكتابة لقبول المحكم، يعتبر بمثابة شرط اثبات ولذلك، فإن مباشرة المحكّم للمهمة دون أى إعتراض من جانبه، لايعرض الحكم للبطلان.

---

(١) ذلك أن تدخّل القضاء طبقاً للمادة ١٤٤٤ من قانون المرافعات الفرنسى فى شأن تعيين المحكمين يتسم بالطابع الاحتياطى.

Rev. arb. 1994. No. 2 P. 543.

(٢) ولاينصرف ذلك إلى معاونى المحكمين (نقض مدنى ١٩٨٨/٢/١٤ س ٣٥ هـ (١) ص ٢٤٢).

(٣) ماسبق رقم ٨٧ .

وإذا كتم المحكّم الظروف التى قد تمس حيدته واستقلاله وكان لهذا السبب أثره فى حكم التحكيم. جاز لصاحب المصلحة رفع دعوى ببطلان الحكم لمخالفة القانون فى شأن تشكيل الهيئة.

وحرية الأطراف فى اختيار المحكّمين مقيّدة بمبدأ المساواة فى الاختيار، فلا يستقلّ أحدهما دون الآخر بالاختيار أو يقوم باختيار محكمة ومحكم الطرف الآخر، والا كان هذا الاختيار باطلاً.

ويلاحظ أن سلطة الوكيل الاتفاقى فى الاتفاق على التحكيم وكذلك فى تعيين المحكّم، أو اختياره لابدّ فيها من وكالة خاصة. فإذا كانت الوكالة تتصرف إلى عمل آخر، فإنه يمتنع مباشرة الاتفاق على التحكيم أو اختبار شخص المحكم.

وليس هناك مايحول دون ان يكون اختيار المحكم بصفته بشرط أن تكون هذه الصفة ليست محل نزاع.

بطلان حكم التحكيم إذا تضمّن مايخالف النظام العام فى مصر:

٢.٥- تنص المادة ٢/٥٣ من قانون التحكيم الجديد على أن تقضى المحكمة التى تنظر دعوى البطلان، من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن مايخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية.

ويكون حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام فى مصر إذا كان اتفاق التحكيم وارداً على مسألة لايجوز تسويتها بطريق التحكيم.

ومؤدىّ ذلك أن المحكمة تقضي ببطلان حكم التحكيم المخالف للنظام العام، حتى ولو كانت دعوي البطلان يستند فيها رافعها إلى سبب آخر من الأسباب التى تضمنها المادة ١/٥٣، وكان هذا السبب غير قائم على أساس.

ويصدق البطلان المتعلق بالنظام العام على حكم التحكيم فى الأحوال الآتية :-

- حكم التحكيم الذى يقوم على أسباب عنصرية، أساسها التمييز فى اللون أو الجنس أو اللغة.

- حكم التحكيم المبنى على تجارة غير مشروعة، مثل تجارة الرقيق والأسلحة المحظورة، والممنوعات.

- حكم التحكيم المبني على المسائل التى تقوم في جوهرها على الرشوة والتربح والفساد والاستغلال والتخريب، أو ذلك الذي يخالف قواعد التصدير والاستيراد. والقيود الجمركية.

بطلان اتفاق التحكيم المبرم بين الورثة بشأن تركة مستقبلة لمخالفة النظام العام فى مصر استناداً إلى نص المادة ٢/١٣١ مدنى التى تنص على بطلان التعامل فى تركة أنسان على قيد الحياة ولو برضاه.

- حكم التحكيم الذى يتضمن مايجاوز الحد الأقصى للفوائد، يعتبر مخالفاً للنظام العام بالنسبة لهذه الزيادة ، ويمتنع تنفيذه فى القدر الزائد.

- حكم التحكيم الذى يقضى فى اتفاق يتضمن دين قمار أو تعويض عن معاشرة غير مشروعة، وذلك لبطلان الاتفاق لعدم مشروعية سببه وبوجه عام، فإذا كانت المسألة المتنازع عليها غير مشروعة بما يؤدى الأمر إلى بطلانه، فإنها تعتبر تماماً كما لو كانت مخالفة للنظام العام (١)

---

(1) Goldman . I.C.L dr. urt. Fasc. 586.

ولا شك أن النصوص المتعلقة بأهلية المحكم تعتبر من النصوص الآمرة المتعلّقة بالنظام العام. سواء فى إطار التحكيم الدّاخلى، أو الدولى، فتبطل التحكيم الذى لايراعى هذه النصوص.

٣.٦- ويجرى الأمر فى كثير من النظم على أن هناك نوعين من النظام العام وهما : النظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الاجنبى الواجب التطبيق (١)، والنظام العام الدولى، الأكثر اتساعاً ، والذى يرتبط بمبادئ العدالة العالمية.

وإلى جانب هذين النّوعين، يتحقّق نوع ثالث هو النظام العام الدّولى الحقيقّى، الذى كشف عنه التّطور المعاصر للعلاقات الدولية، ويتعلّق بروابط المجتمع الدّولى للتجار. ويحدد أساسه فى أعراف التجارة الدولية(٢) والمعاهدات المختلفة، والتى تجرى هيئات التحكيم على تطبيقه.

والنظام العام بهذا المفهوم الأخير (٣) فى صورته الإيجابية، يجد مجاله الخصب، ومناخه الطبيعى فى علاقات التجارة الدولية أمام المحكم بصورة أكثر اتساعاً، وشمولاً، وفعالية، منه فى قضاء الدول، بل إنه قد وجد لتلبية مصالح التجارة الدولية.

والمحكّم هنا يطبّق مفاهيم قانونية، دولية مجّردة عن ارتباطها

---

(١) ماسبق رقم ١.٦ ، ١.٧ .

(2) Rev. crit. 1990 Note Oppetit. P. 35. Pommier. princyee d'outonomie. op. cit P. 344 et s.

(٣) ورغم أن النظام العام له مفهومه الخاص فى إطار التجارة الدولية، إلا أنه مازال مرتبطاً بنطاق المفاهيم الوطنية لكل دولة وعلى الأخص إلا فى مجال تنفيذ الأحكام الاجنبية حين نصت معاهدة نيويورك فى المادة ٢/٥ ب على رفض تنفيذ حكم التحكيم متى كان يخالف النظام العام فى ودلة القاضى التى يختلف نظامها العام فى إقليم الى آخر.

بنظام قانونى لدولة ما، لأن المحكم ليس له قانون اختصاص.

ويرى Niboyet (١) أن هذه المفاهيم تشكل النظام العام العالمى، مثل تحريم القرصنة، وتجارة الرقيق الأبيض، والبضائع المهربة.

ويتأسس هذا النظام العام الدولى الحقيقى على مقتضيات الأخلاق الدولية، فقد أكّد القضاء الفرنسى (٢) سلطة إبطال السلوك المنافى لحسن النية فى إطار علاقات التجارة الدولية(٣).

وقد حكُم بأن «رشوة الموظف مخالفة للنظام العام، حتى ولو كانت صحيحة فى القانون الارجنتينى» ..... «وأن مثل هذه الحالة تنطوي على مخالفة صارخة للأخلاق الفاضلة وللنظام العام الدولى، ولايمكن لأى محكمة. سواء فى الأرجنتين أو فى فرنسا، أو فى أي بلد متحضر، أو أمام أى محكمة تحكيمية - أن يقر صحة هذا العقد(٤).

وفى مسائل الإفلاس يترتّب البطلان على عدم وقف الاجراءات الانفرادية، لأن هذه المسألة تنغلق بالنظام العام الدولي والدّاخلى على حد سواء (٥).

ويعتبر انتهاك حقوق الدفاع، والإخلال بها، وعدم احترام مبدأ المساواة بحيث يكون لكل من الطرفين فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه، وعدم موالاة بالخصومة أو صدور الحكم بحضور جميع المحكيمين ومصادرة حق الخصم فى الدفاع أو الاستعانة بمحام، وحقه

(1) De Laparadelle et niboyet. reper. No. 3 P. 94.

(2) Paris . 29. Mars. Rev arb . 1991 Note Idot.

(٣) ماسبق رقم ٢٥٠ .

(٤) حكم Largregen مشار اليه فى رسالة الدكتور أشرف عبد العليم الرفاعي سنة ١٩٩٦ ص ٥٧،٥٨،٥٩ .

(٥) Cir. 8 Mars. 1980, Bull. civ No. 1. 65 .

في العلم بإجراءات الخصومة، من المقتضيات الأساسية للعدالة الإجرائية، والتى تجرد الحكم من أيه فعالية، وهى بهذه المثابة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالنظام العام فى مصر، وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بالبطلان فى هذه الأحوال.

ويندرج تحت فكرة النظام العام الغش والتدليس الذى يبطل الحكم والذي يصمه بالخلل الجسيم فى تكوينه. (١)

ومن المقررّ أنّه يتمّ رفض طلب التنفيذ متي كان يخالف النظام العام فى بلد القاضى. (٢)

الآثار المترتبة عى القضاء ببطلان حكم التحكيم :-

٣٠٨- يترتب على بطلان حكم التحكيم، اعتباره كأن لم يكن، وعدم الاعتداد به كسند صالح للتنفيذ، أو لوضع الصيغة التنفيذيه عليه.

ولئن كان من المقرر أن طلب وقف التنفيذ يرمى إلى إهدار التنفيذ، فإن دعوى البطلان تستهدف إهدار حكم التحكيم ذاته.

والمقرّر فى قضاء محكمة النقض ،(٣)أنه إذا أبطل حكم التحكيم، فإن توقيع الطرفين لو حصل على بنهايته بما يفيد قبولهم له، إنما

---

(١) ماسبق رقم ١٢٥ مكرر.

(٢) وبهذا ذهبت محكمة استئناف باريس فى ١٢ مارس سنة ١٩٦٠ بأن الحكم إذ قضى بالزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعى مبلغاً معيناً تم احتساب قيمته على أساس سعر صرف يتعارض تماماً مع النظم الآمرة السائدة فى سوق تبادل العملة الالزامى فى دولة القاضى وتشريع الرقابة على النقد.

(Clune 1968 . P302 et s.)

(٣) نقض مدنى ١٩٨٤/٥/٦ مجموعة المكتب الفنى س ٣٥ ص ١١٨١ وكذلك نقض مدنى ١٩٨٠/١٢/٣٠ س ٣٦ ص ٢١٥٩ .

يستتبع بطلان هذه الموافقة، وانعدام كل أثر لها بمعنى أن بطلان الحكم يمتد إلى بطلان الموافقة عليه إلا كان أن ذلك البطلان لايتطاول إلى مايصدر عن المحتكم من اقرارات لاحقة تتعلق بهذا الحكم من وقائع.

ومع ذلك، فإن حكم التحكيم المجرد عن الأمر بالتنفيذ أو المرفوض تنفيذه يتم الاعتراف به كواقعة قانونية، ذلك أن مثل هذا الحكم له قوة إثبات، ومن ثم، فإنه يصلح أن يكون دليلاً على ماينطوى عليه من وقائع غير متنازع عليها، ولو على سبيل الاستدلال فى تحكيم آخر، أو الاستناد إلى ماحواه من أدلة فى الاثبات، كالكتابة، والاقرار، وإليمين، والبينة، والخبرة، استناداً إلى أن الحكم يعتبر محرراً رسمياً طبقاً للقانون الذى صدر فى ظلّه.

ويجوز الاستناد إليه فى توقيع حجز ما للمدين لدى الغير، أو استعمال الدائن حقوقا مدنية وفقاً لاحكام الدعوى الغيرمباشرة، وذلك حتى ولو كان الحكم صادراً فى الخارج .(١)

ومتى كان من المقرر أن عقد التحكيم لاتتوافر فيه أركان عقد آخر، يمكن أن تكون نية الطرفين قد انصرفت إلى الارتباط به، فإن عقد التحكيم متى قام به سبب من أسباب البطلان، لايمكن أن يتحول إلى عقد آخر ملزم للمتعاقدين؛ لأنّ طرفى التحكيم لم يقبلا بموجب عقد التحكيم إلا بالالتزام بالحكم الذى يصدره المحكم، فإذا لم يصدر هذا الحكم، تحللا من مشارطة التحكيم.(٢)

(1) Paris 30 Janv. 1985. Rev arb. P. 289 Note Bellet.

(٢) الطعن رقم ٤٠٧ لسنة ٣٤ جلسة ١٩٦٨/١١/٢٨ س ١٩ ع (٣) ص ١٤٢١ .

البطلان وعدم القابلية للتجزئة :

٣٠٩- إذا كان النزاع غير قابل لتجزئة من حيث موضوعه كما هو الحال بالنسبة لشرط عدم المنافسة، فإنه يبطل برمته.

وهذا هو الحال أيضاً بالنسبة للصلح، فلا يجوز تجزئة التحكيم بالصلح. فبطلان جزء منه يؤدى حتماً إلى بطلان العقد برمته، إلا إذا تبينّ من عبارات العقد أو من الظروف أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة عن بعضها البعض، عندئذ، فإن الاتفاق لايكون باطلاً إلا فى الجزء الذى اشتمل على منازعة لايجوز التحكيم فيها.

وحكم التحكيم الذى يتضمن مايجاوز الحد الأقصى للفوائد يخالف النظام العام بالنسبة لهذه الزيادة، ويكون باطلاً فى خصوص القدر الزائد(١)، بحيث يمتنع تبعده فى هذا الشقّ وحده.

---

(١) واذا كانت مخالفة النظام العام قاصرة على جزء فقط من الحكم أمر القاضى بتنفيذ الشق الذى لامخالفة فيه طالما أمكن فصله عن الآخر، وهو فى هذا لايتجاوز حدود سلطته أذ أن ذلك لايعدو أن يكون تنفيذاً جزئياً للحكم فرضته مقتضيات النظام العام دون مساس بموضوع الحكم الأجنبى ذاته.

أما إذا تطرق القاضى الى بحث مدى سلامة أو صحة قضاء التحكيم فى موضوع الدعوى فإنه يكون قد خرج عن حدود ولايته لأنه لايعد هيئة استئنافية فى هذا الصدد وليس له إلا أن يأمر بالتنفيذ أو أن يرفضه لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن حكم التحكيم محل النزاع قد تضمن قضاءه الزام للمطعون ضدها بفوائد بسعر ٨ ٪ أى بما يجاوز الـ ٥ ٪ الحد الأقصى للسعر القانونى للفوائد فى المواد التجارية وهو وفقاً للمقرر فى قضاء هذه المحكمة مما يتصل بالنظام العام فى مصر. لذا كان ممتنعاً تنفيذ هذا الحكم فيما يجاوز ذلك الحد أما ما دون ذلك فكان متعيناً الأمر بتنفيذه ولاينال مما تقدم تحديده سريان الفوائد من تاريخ سابق على يوم صدوره على خلاف ماهو مقرر قانوناً من استحقاقها من يوم صيرورة حكم التعويض نهائياً لعدم تعلق ذلك بالنظام العام، أما بخصوص مصروفات التحكيم فقد الزم الحكم الأجنبى المطعون ضدها بمبلغ محدد هو أربعة أخماس قيمة النفقات الفعلية لإصداره وقدره ٢٧,٢ سنت و ١٧٣٧ جنيه استرلينى يخصم منه مبلغ الـ ١٠٠٠ جنيه استرلينى المودع كفالة لدى محاميها تصرف لمحامى الطاعنة كجزء من هذه النفقات التي لاينظر فى تحديدها الا الى=

ويحتمل الموضوع التجزئة إذا اشتمل على عدة طلبات مستقلة، بعضها يخالف النظام العام، والبعض الآخر يجوز التحكيم فيه، ولا ارتباط بينها، مما يمكن معه الفصل بينها.

ويكون النزاع غير قابل للتجزئة إذا كان لايحتمل غير حل واحد.

إن مالايجوز التحكيم فيه ينحصر فى المسائل التى تخالف النظام العام، ويكون التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً بالنسبة لها، فيجوز أن يتمسك به أى خصم فى الدعوي، وفى أية حال تكون عليها، وعلى المحكمة - متى رفع إليها - أن تقضى به من تلقاء نفسها.

سلطة محكمة النقض عند الطعن فى الحكم الصادر فى دعوى البطلان :-

٣١٠- يجوز الطعن بالنقض فى الحكم الصادر فى دعوى البطلان لمخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه، أو وقوع بطلان فى الحكم، أو فى الاجراءات أثر فى الحكم.

وتقتصر سلطة محكمة النقض علىٰ مجرد تقريرها المبادئ القانونية الصحيحة الواجبة التطبيق على النزاع، دون أن تتصدى لموضوع الطعن. وهى إما أن تحكم برفض الطعن، أو قبوله ونقض الحكم المطعون فيه فى إطار ماتمّ الطّعن فيه.

= التكلفة الفعلية لعملية إصدار الحكم من اتعاب المحكمين وخلافه دون إعتبار للمبلغ المقضى به سواء أكان ديناً أصلياً أم فوائد وذلك على خلاف مصروفات الإحالة الى التحكيم التى لم يحددها حكم التحكيم مما كان يستوجب قبول تنفيذ الشق الخاص بتكلفة إصدار الحكم دون الجزء الباقى فى هذا الشأن. وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه جزئياً (طعن رقم ٨١٥ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٩٠/٥/٢١).

ويكون الطعن فى الحكم برمته إذا تمسك الطاعن ببطلانه، أو كان النزاع الذى حسمه الحكم المطعون فيه لايقبل التجزئة.(١)

٢١١- ويتحدد نطاق الطعن بالأسباب الواردة بصحيفته، ولايجوز إضافة أسباب جديدة عدا تلك المتعلقة بالنظام العام فعدم التمسك بسبب من اسباب البطلان أمام المحكمة المطعون فى حكمها لايجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض مادام هذا البطلان لايتعلق بالنظام العام.

ونقض الحكم كلياً يعتبر كأن لم يكن وتزول جميع الآثار المترتبة عليه وبهذا قضى بأن كون المحكمين ليسوا أصحاب الصفة فى المنازعة التى اتفق فى شأنها على التحكيم، لايترتب عليه سوى أنه لايكون الحكم الصادر فيها حجة على أصحاب الصفة فى تلك المنازعة دون أن يؤدى ذلك إلى بطلان الحكم. (٢)

كما قضى بأنه «يشترط فى حالة الوقف إعمالاً لحكم المادة ١٢٩ مرافعات أن ترفع الدعوى بدفع يثير مسألة أولية يكون الفصل فيها لازماً للحكم فى الدعوى، ولما كانت دعوى بطلان حكم المحكمين التى أقامها الطاعن، لاتوجب وقف الدعوى الحالية بالنسبة لطلب صحة ونفاذ العقد الصادر من الطاعن إلى المطعون عليه الأول، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة فى حدود سلطتها التقديرية رأت أنه لامحل لاجابة طلب الوقف حتى يفصل فى دعوى البطلان تأسيساً على أسباب سائغة تبرر رفض طلب الرفض، لما كان ذلك، وكان النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب على غير

---

(١) نقض الحكم بالنسبة للطاعن فى موضوع غير قابل للتجزئة، يستتبع نقضه بالنسبة للطاعن فى الطعن المنضم.

(٢) نقض ١٩٨٦/٢/٦ س ٣٧ جـ ١ ص ١٨٥ .

أساس. (١)

٣١٢- وإذا نقض الحكم لمخالفة القانون أو للخطأ فى تطبيقه، وكان الموضوع صالحاً من جميع الوجوه للفصل فيه، أو كان الطعن بالنقض للمرة الثانية، فإنه يجب على المحكمة الفصل فى الموضوع.

وتأسيساً على ذلك، قضت محكمة النقض فى ١٩٩٧/١٢/١٨ (٢) أنه لما كان يبين من حكم التحكيم موضوع التداعى أنه لم يشمل على نصوص اتفاق التحكيم، ومن ثم، فأنه يكون باطلاً، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضى مع ذلك برفض دعوى الطاعنة ببطلان حكم التحكيم، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه، بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة إلى بحث باقى اسباب الطعن.

« وحيث إن الموضوع صالح للفصل فيه، فإن حكم التحكيم المطلوب إبطاله قد خلا من نصوص اتفاق التحكيم على النحو آنف البيان، فإنه يتعين الحكم ببطلانه ».

---

(١) نقض ١٩٧٦/٦/٢٤ س ٢٧ ص ٤٨٨ .

(٢) القضاة . السنة (٢٩) ع (٢) ص ٢٨٩ ، ٢٩٠ .

المبحث السادس
طلب تنفيذ حكم التحكيم أو رفضه

وتقسيم :

من المقرر أنه لايجوز تنفيذ حكم التحكيم إلا بعد أن تضفى عليه سلطة قضاء الدولة المختصة أمر التنفيذ. وذلك بعد التحقق من أن الحكم قد استوفى من الناحية الشكلية - التى تظهر من مجرد الاطلاع عليه - الشروط التى يتطلبها القانون، غير مشوب بعيب من عيوب البطلان دون بحث الحكم من الناحية الموضوعية ومدى مطابقته للقانون عندئذ يجرى تنفيذه وفق الاجراءات المتبعة لتنفيذ أحكام القضاء.

وفى هذا الصدد، نعرض لطلب تنفيذ حكم التحكيم ثم نتصدى لرفض طلب التنفيذ، نتناول كل منهما فى مطلب مستقل.

المطلب الأول
طلب تنفيذ حكم التحكيم
وهنا نعرض لأمر التنفيذ والإشكال فيه

٣١٣م ١) أمر التنفيذ :

يصدر أمر التنفيذ من قضاء الدولة، وهو الذى يسبغ على الحكم قوته التنفيذية، لتحقيق نوع من الرقابة على حكم التحكيم قبل تنفيذه.

- وقد سبق التعرض لبيان ميعاد استصدار طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، وخلصنا إلى الاتّجاه الذى ينبغى العمل به، وهو أن طلب التنفيذ لايقبل طالما أن ميعاد رفع دعوى البطلان لم ينقض بعد، سواء كانت دعوي البطلان قد رفعت فعلاً أم لم ترفع. ولا يكون طلب التنفيذ مقبولاً إذا قدم قبل انقضاء ميعاد التسعين يوماً المقررة لرفع دعوى البطلان، وعلى ذلك يلزم لصدور أمر التنفيذ، أن يكون ميعاد رفع دعوى البطلان قد انقضى.

ويشترط لإصدار الأمر، بالإضافة إلى ماتقدم، ألا يكون حكم المراد التحكيم تنفيذه قد صدر متعارضاً مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية فى موضوع النزاع، حتى لايمّس حجّية الأمر المقضى، وهى قاعدة تسمو على اعتبارات النظام العام فى مصر، وألا يخالف حكم التحكيم النظام العام فى مصر. ويشكل النظام العام مانعاً من موانع التنفيذ حتى ولو كان منصوصاً عليه فى معاهدة، كما يلزم أن يكون قد تم إعلان حكم التحكيم إعلاناً صحيحاً.

ويقدم طلب تنفيذ حكم التحكيم إلى القضاء المختصّ. بعريضة من نسختين متطابقتين تشتمل على وقائع الطلب، وأسانيده التى تبرر مدى أحقّية طالب التنفيذ فيه بعد سداد الرسم المستحق (١) ولايلزم توقيع محام على عريضة طلب التنفيذ. ويقدم طلب التنفيذ من المحكوم له.

ومؤدّى نصّ المادتين ٩، ٥٦ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن الاختصاص بإصدار الأمر بالتنفيذ، أنّه يجب التفرقة بين ما اذا كان التنفيذ يتعلّق بتحكيم تجارى دولى أم لا.

فإذا تعلّق الأمر بتحكيم تجارى دوليّ. سواءً تمّ فى مصر، أو فى الخارج، فإن هذا الاختصاص ينعقد لرئيس محكمة استئناف القاهرة. أو رئيس محكمة الاستئناف التى يتّفق عليها الأطراف، وفى غير التحكيم التجارى الدّولى، فإنّ الاختصاص ينعقد لرئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وهى المحكمة الابتدائية أو المحكمة الجزئية، المختصة أصلاً بنظر النزاع فيما لو رفع النزاع إليها عند عدم وجود اتفاق تحكيم.

وهذا الاختصاص الذى يعقد لرئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع. سواء كان اختصاصاً، محلياً أو متعلقاً بالوظيفة من النظام العام.(٢)

ويصدر الأمر بالتنفيذ فى غيبة الخصوم.

ويجوز الأمر بالتنفيذ الجزئى لحكم التحكيم طالما لم تتوافر فى بقية الحكم شروط التنفيذ.

٣١٤- ولمراقبة عمل المحكّم قبل تنفيذ حكمه، يجب أن يرفق بطلب

(١) ولايترتب على عدم الوفاء بالرسم أى جزاء، وإنما يتعين على قلم الكتاب تحصيله (نقض مدنى ١٩٧٨/١٢/١٨ فى الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٨ ق).

(٢) د. وجدى راغب. التنفيذ القضائى سنة ١٩٩٥ ص ١٢٤، ١٣٥ .

التنفيذ طبقاً للمادة ٥٩ من قانون التحكيم المصرى :-

١- أصل الحكم، أو صورة موقعة منه، سواء كان صادراً بتنفيذ كلى أم جزئى.

٢- صورة من اتفاق التحكيم شرطاً كان أو مشارطة، سواء فى شكل رسائل أم برقيات أم تلكسات.

٣- ترجمة مصدقاً عليها ومعتدة من حكم التحكيم باللغة العربية. إذا كان الحكم صادراً بلغة أجنبية.

٤- صورة من المحضر الدال على ايداع حكم التحكيم، وفقاً لنص المادة ٢/٥٨ من قانون التحكيم وصورة من ورقة اعلان حكم التحكيم إلى الخصم المحكوم عليه فى حكم التحكيم.

ويقع على قلم كتاب المحكمة المختصة التحقق من استيفاء هذه المستندات، وعليه استكمال مانقص منها.

٣١٥- وتقتصر الرقابة على حكم التحكيم، على مجرد التحقق من ان هذا الحكم قد استوفى شروط صحته من الناحية الشكلية دون التطرق إلى النواحى الموضوعية، أو إعادة البحث فى غيابه وقائع النزاع لان هذا يعد بمثابة استئناف غير جائز لحكم التحكيم، واستيفاء الحكم لشرائطه الشكلية يمكن الكشف عن توافرها بمجرد الاطلاع على الحكم (١)

---

(١) وغنى عن البيان أن أحكام التحكيم التى كانت تصدر وفقاً للقانون ٧٩ لسنة ١٩٨٣ الخاص بشركات القطاع العام والهيئات الحكومية ، أو المؤسسات العامة فى مسائل التحكيم الاجبارى، تعتبر سنداً قابلاً للتنفيذ. وطبقاً للقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩٧ باصدار شركات قطاع الأعمال، تم قصرر تطبيق القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ على الشركات المحددة فى المادتين الأولى والثانية من مواد الإصدار، وهى الشركات المقرر لها انظمة خاصة طبقاً للمادتين ٩،١ من مواد الاصدار. وفيما عدا ذلك =

وطبقا لنص المادة ٣/٥٨ من قانون التحكيم، لايجوز التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ، وإن كان هذا لايحول بين المحكوم عليه من أن يقيم إشكالاً وقتياً فى التنفيذ، أما الأمر الصادر برفض طلب التنفيذ، فيجوز التظلّم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً للمادة (٩) من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره.

٢- الإشكال فى الأمر الصادر بتنفيذ الحكم :-

٣١٦- والمشرع إن منع التظلّم من الأمر الصادر بتنفيذ الحكم فإن هذا لايحول - طبقاً للقواعد العامة - دون رفع الإشكال فى تنفيذه، الذى يكون مبناه عادة وقائع لاحقة استجدت بعد صدور الحكم يعتبر بمثابة عقبة فى التنفيذ، ولقاضى التنفيذ بصفته المستعجلة أن يوقف التنفيذ متى استبان له جدية الأسباب التى قام عليها الاشكال أو أنه موصوم بعيب من العيوب الوادة فى المادة ٥٣ من قانون التحكيم.

وبداهة لا تتقيّد محكمة البطلان بالحكم الصادر بوقف التنفيذ .

ويظل للحكم، رغم وقف التنفيذ، قوة الحكم الموقوف تنفيذه وتمتع بفعاليتها، إذ يجوز بمقتضى هذا الحكم، التنفيذ به على مدين آخر محكوم عليه لم يستشكل فى التنفيذ، بل يجوز التنفيذ على نفس الخصم، ولكن على أموال جديدة كما يصلح هذا الحكم لاتخاذ اجراءات تحفظية بمقتضاه على المال الموقوف التنفيذ عليه مثل تعيين حارس.

ووقف التنفيذ هنا مؤقت يبقى ببقاء أسبابه، ويزول بزوال هذه الأسباب أو تغيرها بناء على حكم جديد يقضى بالاستمرار فى

=يسرى احكام قانون التحكيم الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

(راجع الدكتور محمود السيد التحيوى. المرجع السابق ص ٢١٩ ومابعدها).

التنفيذ.

بمعنى أن وقف التنفيذ لايؤثر فى القوة التنفيذية للحكم، ولايحول دون اجراء تنفيذ آخر بذات الحكم، أى أن وقف التنفيذ يكون مؤقتاً لايوقف صلاحيته السند التنفيذى لإعادة التنفيذ بمقتضاه.

أما اذا بنى الإشكال على وقائع سابقة، فإنها تكون قد اندرجت ضمن الدفوع فى نزاع التحكيم (١) أو فى دعوى البطلان متي كانت هذه الدعوى قد قضى برفضها.

وكذلك يجوز عن طريق الإشكال طلب وقف تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى الذى لايحمل أمر التنفيذ من الجهة المختصة.

رفض طلب التنفيذ

٣١٧- يشترط فى طلب وقف التنفيذ أن يبدى هذا الطلب الوقتى خلال رفع دعوى البطلان، إمّا فى صحيفة دعوى البطلان وبالتبعية لها، أو فى صورة طلب عارض.

ويتعين أن تكون دعوى البطلان قائمة لم تنقض بعد بأى سبب من أسباب رفعها، مثل ترك الخصومة، أو بطلان صحيفتها، وذلك لاستحالة بقاء طلب وقف التنفيذ- وهو طلب تابع - استقلالاً عن الطلب الأصلى.

ويجب أن يبدى طلب وقف التنفيذ فى الميعاد المقرر لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم، أى خلال التسعين يوماً التالية لإعلان حكم التحكيم إلى المحكوم عليه.

---

(١) ويفترض أن الحكم المستشكل فيه قد تناولها صراحة أو ضمناً.

وبداهة لايقبل طلب وقف التنفيذ إذا كان التنفيذ قد تمّ، وينبغى رفض طلب وقف التنفيذ حتى ولو كان التنفيذ قد تمّ بعد تقديمة وقبل الفصل فيه ويجب أن يكون الطلب قائماً على أسباب جدّية تنبئُ فى ظاهرها على الاتجاه إلى بطلان الحكم، بمعنى، وأن يثبت أن تنفيذ حكم التحكيم يهدد المحكوم عليه بأضرار وقف التنفيذ المحكوم عليه جدير بالحماية، وان يثبت أن تنفيذ حكم التحكيم يهدده باضرار جسمية يتعذر تداركها،

وعلى المحكمة أن تفصل فى طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أو جلسة محددة.

وعليها، إذا أمرت بوقف التنفيذ، الفصل فى دعوى البطلان خلال ستة اشهر من تاريخ صدور الأمر.

ولايترتب على تفويت هذه المواعيد ثمة جزاء، فهى مواعيد تنظيمية وتقديم طلب وقف تنفيذ حكم التحكيم بالتبعية لدعوي البطلان، لا يحول دون قبول طلب تنفيذ حكم التحكيم إلا في حالة صدور الحكم بوقف التنفيذ فعلاً.

٣١٨- والأمر الصادر بوقف طلب التنفيذ يجوز التظلم منه وفقا للمادة ٩ من القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، أمام المحكمة التى اصدر رئيسها الأمر، وهى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بالنسبة لغير التحكيم التجارى الدولى، ومحكمة استئناف القاهرة بالنسبة للتحكيم التجارى الدولى.

وطبقاً للمادة ١٩٥ مرافعات لايلزم ذكر الأسباب التى بنى عليها الأمر إلا إذا كان مخالفاً لأمر سبق صدوره، فعندئذ يجب ذكر الأسباب التى اقتضت إصدار الأمر الجديد، وإلا كان باطلاً.

والبطلان هنا، لايتعلّق بالنظام العام، ويجب على المتظلّم ابداؤه فى صحيفة التظلم، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً ويرفع التظلم بالاجراءات المعتادة لرفع الدعاوى.

والحكم الصادر فى التظلم وقتى لايمس أصل الحق ولهذا فإن خصومة التظلم لايرد عليها الوقف الاتفاقى أو الجزائى.

وطبقاً لنظام الأوامر على العرائض فى قانون المرافعات، تحكم المحكمة فى التظلم. أما بتأييد الأمر برفض طلب تنفيذ الحكم أو تعديله أو الغائه.

وبداهة، فإن رفض التظلم لايحول دون تجديد معاودة التظلم مرة أخرى أمام المحكمة المختصة طبقاً للمادة (٩) من قانون التحكيم، لأن حجية الصادر فى التظلم مؤقتة، لاتمّس أصل الحقّ.

قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤
بإصدار قانون فى شأن التحكيم
فى المواد المدنية والتجارية

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نص، وقد أصدرناه

(المادة الأولى)

يعمل بأحكام القانون المرفق على كل تحكيم قائم وقت نفاذه أو يبدأ بعد نفاذه لو استند إلى اتفاق تحكيم سبق إبرامه قبل نفاذ هذا القانون (١).

(المادة الثانية)

يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون. ويضع قوائم المحكمين الذى يجرى الاختيار من بينهم وفقاً لحكم المادة (١٧) من هذا القانون.

---

(١) وهذا النص يعتبر ترديداً لنص المادة الأولى من قانون المرافعات، فقانون التحكيم الجديد. يسرى بأثر فورى مباشر على الإجراءات التى تتم فى ظل أحكامه، ولو كانت قد بدأت قبل ذلك ولم تكتمل أو بدأت بعد نفاذه ولو استندت إلى إتفاق تحكيم سبق إبرامه قبل نفاذه.

(المادة الثالثة)

تلغى المواد ٥٠١ إلى ٥١٣ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، كما يلغى أى حكم مخالف لأحكام هذا القانون.

(المادة الرابعة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به بعد شهر من اليوم لتاريخ نشره، يبصم هذا القانون بخاتم الدولة، وينفذ كقانون من قوانينها.

(حسنى مبارك)

صدر برئاسة الجمهورية فى ٧ ذى القعدة سنة ١٤١٤ هـ الموافق ١٨ إبريل سنة ١٩٩٤م .

قانون
فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية
الباب الأول
أحكام عامة

مادة (١) مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية (١) تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم (٢) بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر، أو كانت تحكيماً تجارياً دولياً يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

مادة (٢) يكون التحكيم تجارياً فى حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع إقتصادى، عقدية كانت أو غير عقدية، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوچيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط، وشق الطرق

---

(١) ماسبق رقم ٢٠٩ مكرر.

(٢) ويكون شرط التحكيم صحيحاً وجائزاً فى القانون المصرى. سواء كانت العلاقة مدنية أم تجارية.

والأنفاق، واستصلاح الأراضي الزراعية، وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية.

مـــــادة (٣) يكون التحكيم دولياً فى حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك فى الأحوال الآتية :

أولاً : إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى دولتين مختلفتين وقت إبرام إتفاق التحكيم. فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال، فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم. وإذا لم يكن لأحد طرفى التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً : إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثاً : إذا كان موضوع النزاع الذى يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً : إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم، وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة.

(أ) مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

(ب) مكان تنفيذ جانب جوهرىً من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

(جـ) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

مـــادة (٤) ١- ينصرف لفظ «التحكيم» فى حكم هذا القانون إلى التحكيم الذى يتفق عليه طرفاً النزاع بارادتهما الحرة سواء كانت الجهة التى تتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك.

٢- وتنصر عبارة «هيئة التحكيم» إلى الهيئة المشكلة من محكم واحد أو أكثر للفصل فى النزاع المحال إلى التحكيم. أما لفظ «المحكمة» فينصرف إلى المحكمة التابعة للنظام القضائى فى الدولة.

٣- وتنصرف عبارة «طرفى التحكيم» فى هذا القانون إلى أطراف التحكيم ولو تعددوا.

مادة (٥) فى الأحوال التى يجيز فيها هذا القانون لطرفى التحكيم اختيار الإجراء الواجب الإتباع فى مسألة معينة تضمن ذلك حقهما فى الترخيص للغير فى اختيار هذا الإجراء، ويعتبر من الغير فى هذا الشأن كل منظمة أو مركز للتحكيم فى جمهورية مصر العربية أو فى خارجها.

مـــادة (٦) إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجى أو اتفاقية دولية (١) أو أية وثيقة أخرى. وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم.

مادة (٧) ١- مالم يوجد إتفاق خاص بين طرفى التحكيم، يتم تسليم أى رسالة أو إعلان إلى المرسل إليه شخصياً أو فى مقر عمله أو فى محل إقامته المعتاد أو فى عنوانه البريدى المعروف للطرفين أو المحد

---

(١) ويجوز للدولة أن تقرن تصديقها على المعاهدة أو إنضمامها اليها بعدم إرتباطها بنص معين منها، أو الإلتزام بتفسير معين لأحد نصوصها. إلا إذا كان التحفظ محظوراً فى المعاهدة أو مخالفاً لموضوعها.

فى مشارطة التحكيم أو فى الوثيقة المنظمة للعلاقة التى يتناولها التحكيم.

٢- وإذا تعذّر معرفة أحد هذه العناوين بعد إجراء التحريات اللازمة، يعتبر التسليم قد تم إذا كان الإعلان بكتاب مسجل إلى آخر مقر عمل أو محل إقامة معتاد أو عنوان بريدى معروف للمرسل إليه(١).

٣- لاتسرى أحكام هذه المادة على الإعلانات القضائية أمام المحاكم.

مـــادة (٨) إذا إستمر أحد طرفى النزاع فى إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط فى اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون ممايجوز الإتفاق على مخالفته ولم يقدم إعتراضاً على هذه المخالفة فى المعياد المتفق عليه أو فى وقت معقول عند عدم الإتفاق، اعتبر ذلك نزولاً منه عن حقه فى الاعتراض.

مــادة (٩) ١- يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج، فيكون الإختصاص لمحكمة إستئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر.

---

(١) والحضور بجلسة التحكيم، يصحح مايشوب الاعلان من بطلان. والبطلان المترتب على الاعلان هو بطلان نسبى لايتعلق بالنظام العام ... ولايملك التمسك به إلا من شرع البطلان لمصلحته. ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة.

الباب الثانى

اتفاق التحكيم (١)

مـادة (١٠) ١- اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معيّنة، عقدية كانت أو غير عقدية.

٢- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء مستقلاً بذاته أو ردّ فى عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التى قد نشأ بين الطرفين وفى هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع فى بيان الدعوى المشار إليه فى الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من هذا القانون، كما يجوز أن يتم إتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلاً.

٣- ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

مـادة (١١) لايجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الإعتبارى الذى يملك التصرف (٢) فى حقوقه، ولايجوز التحكيم فى المسائل التى لايجوز فيها الصلح.

---

(١) راجع ماسبق رقم ٥٠ .

(٢) ولهذا ، فإن أهلية إبرام إتفاق التحكيم، هى أهلية التصرف. والبطلان الناشئ عن نقص الأهلية هو بطلان نسبى. لايجوز لغير ناقص الأهلية التمسك به.

مـادة (١٢) يجب أن يكون إتفاق التحكيم (١) مكتوباً وإلا كان باطلاً. ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمّنه محّرر وقّعه الطرفان، أو إذا تضمنه ماتبادله الطرفان (٢) من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.

مـادة (١٣) ١- يجب على المحكمة التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق التحكيم (٣) أن تحكم بعدم قبول الدّعوى إذا دفع المدعى عليه

---

(١) الاتفاق على التحكيم لايفترض، اذ يجب أن يكون تعبير الاتفاق على التحكيم على انصراف إرادة الخصوم على اتباع هذا الطريق، وأن يتضمن المنازعة أو المنازعات التى انصرف اليها.

(نقض ١٠/٢/١٩٨٦ طعن رقم ١٥٧٩ لسنة ٤٩ ق).

(٢) وقد قضى بأن إرسال البائع الفرنسى خطاباً الى المشترى الألمانى بطلب منه طرح النزاع الناشئ عن التحكيم بينهما أمام هيئة غرفة الأصواف، ورد الطرف الألمانى بما يفيد القبول تعتبر بمثابة اتفاق تحكيم.

أما إذا كان أحد الأطراف قد أرسل الى الآخر مشروع عقد يتضمن شرط التحكيم فى روتردام، ولم يرد الطرف الآخر لا ايجاباً ولا سلباً، فإنه يتعذر القول بقيام اتفاق تحكيم (راجع ذلك معروضاً فى الدكتورة سامية راشد. اتفاق التحكيم الكتاب الأول سنة ١٩٨٤ ص ٢٩٠، ٣٠٢).

(٣) قطع التقادم أو زواله :-

إذا أقر المدين فى مشارطة التحكيم بوجود الدين صراحة أو ضمناً، فإنه يقطع التقادم.

ولايجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه باكتمال مدته. ولكن يجوز النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم لم يتكمل، وهذا النزول بقطع التقادم على اعتبار أنه إقرار من المدني ومجرد تحرير مشارطة التحكيم والتوقيع عليها. لايقطع أيهما التقادم فى حد ذاته.

ولكن يقطع التقادم الطلبات التى يقدمها الدائن للمحكمين أثناء السير فى التحكيم، متى كانت تتضمن تمسكاً بحقه.

وإذا حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم زوال أثر الدعوى فى انقطاع التقادم.

بذلك (١) قبل إبدائه أى طلب أو دفاع فى الدعوى.

٢- ولايحول رفع الدعوى المشار إليها فى الفقرة السابقة دون البدء فى إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم.

مـادة (١٤) يجوز للمحكمة (٢) المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون أن تأمر، بناء على طلب أحد طرفى التحكيم ، باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها.

---

(٣) ومؤدى ذلك، أن الدفع أمام المحكمة بوجود شرط التحكيم، هو دفع بعدم القبول لايتعلق بالنظام العام. ولاتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها، ويتعين أن يتمسك به المدعى عليه قبل أى طلب أو دفاع فى الدعوى، وإلا سقط الحق فى إبدائه.

(٤) وقد تؤدى إرادة الأطراف دوراً أساسياً فى مجال التحكيم يسلب اختصاص القضاء الوطنى بالتدابير المؤقتة أو التحفظية واسنادها الى هيئة التحكيم صراحة أو ضمناً باختيار نظام تحكيم يسمح بذلك، ومع ذلك لاتجدى ارادة الأطراف متى كان اختصاص انقضاء الوطنى قاصراً متعلقاً بالنظام العام فى شأن هذه المسائل، وهذا هو الشأن فى قانون التحكيم المصرى الجديد (م١٤).

الباب الثالث
هيئة التحكيم

مادة (١٥) ١- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا علي عدد المحكّمين كان العدد ثلاثة.

٢- إذا تعدد المحكّمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً.

مادة (١٦) ١- لايجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه فى جناية أو جنحة مُخلّة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه مالم يرد إليه إعتباره.

٢- لايشترط أن يكون المحكّم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا إتفق طرفا التحكيم، أو نص القانون على غير ذلك.

٣- يكون قبول المحكّم القيام بمهمة كتابةً، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنه إثارة شكوك حول إستقلاله أو حيدته.

مادة (١٧) ١- لطرفى التحكيم الاتفاق على إختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت إختيارهم (١) فإذا لم يتفقا اتبع مايأتى:

(أ) إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة

---

(١) واتجهت بعض أحكام القضاء الفرنسى إلى أن عدم تسمية أسماء المحكمين يشكل بطلاناً نسبياً، يجوز تصحيحه عن طريق إجراء التسمية فى إتفاق لاحق أو أمام المحكمين.=

المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون إختياره بناء على طلب أحد الطرفين.

(ب) فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاث محكمين اختار كل طرف محكّماً ثم يتّفق المحكّمان على اختيار المحكّم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكّمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكّمان المعيّنان على إختيار المحكّم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون إختياره بناء على طلب أحد الطرفين. ويكون للمحكّم الذى اختاره المحكّمان المعيّنان أو الذى اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم، وتسري هذه الأحكام فى حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكّمين.

٢- وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات إختيار المحكّمين التى اتفقا عليها، أو لم يتفقا، أو لم يتفق المحكّمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ماعهد به إليه فى هذا الشأن، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون، بناء على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب مالم ينصّ فى الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل.

٣- وتراعى المحكمة فى المحكم الذى تختاره الشروط التى يتطلبها

Paris. 15, Mars. 1979. Rev. arb. 1979. P. 501. =

ولم يعد لهذه المشكلة محل فى قانون التحكيم الجديد بعد أن نظم فى المادة (١٧) منه الإجراءات التى يتعين إتباعها فى اختيار المحكمين عند غياب اتفاق الأطراف على هذا الاختيار، وهو مالم يكن له وجود فى ظل المادة ٥٠٢/٣ الملغاة من قانون المرافعات المصرى.

هذا القانون (١) وتلك التى اتفق عليها الطرفان، وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة، ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين (١٨و ١٩) من هذا القانون، لايقبل هذا القرار الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.

مـــادة (١٨) ١- لايجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيدته أو إستقلاله.

٢- ولايجوز لأى من طرفى التحكيم رد المحكم الذى عينه أو اشترك فى تعيينه إلا لسبب تبينه بعد أن تم ذها التعيين.

مــادة (١٩) ١- يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبّررة للرد، فإذا لم يتنح المحكّم المطلوب ردّه فصلت هيئة التحكيم فى الطلب.

٢- ولايقبل طلب الردّ ممن سبق له تقديم طلب بردّ المحكّم نفسه فى ذات التحكيم.

٣- لطالب الردّ أن يطعن فى الحكم برفض طلبه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه به أمام المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون، ويكون حكمها غير قابل للطعن بأى طريق.

٤- لايترتب على تقديم طلب الرد أو على الطعن فى حكم التحكيم الصادر برفضه وقف إجراءات التحكيم وإذا حكم برد المحكم سواء من

---

(١) ويمنع الشرع المصرى القضاه من أن يكونوا محكمين الا بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى، إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية.

هيئة التحكيم أو من المحكمية عند نظر الطعن ترتب على ذلك اعتبار مايكون قد تم من إجراءات التحكيم، بما فى ذلك حكم المحكّمين، كأن لم يكن.

مادة (٢٠) إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدّى إلى تأخير لامبرر له فى إجراءات التحكيم ولم ينتح ولم يتفق الطرفان على عزله، جاز للمحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون، الأمر بإنهاء مهمته بناء على طلب أى الطرفين.

مادة (٢١) إذا انتهت مهمة المحكم بالحكم برده أو عزله أو تنحيته أو بأى سبب آخر، وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التى تتبع فى إختيار المحكم الذى انتهت مهمته.

مـــــادة (٢٢) ١- تفصل هيئة التحكيم فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما فى ذلك الدفوع المبنّية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

٢- يجب التمسك بهذه الدفوع فى ميعاد لايجاوز ميعاد دفاع المدعى عليه المشار إليه فى الفقرة الثانية من المادة (٣٠) من هذا القانون، ولايترتب على قيام أحد طرفى التحكيم بتعيين محكم أو الإشتراك فى تعيينه سقوط حقه فى تقديم أى من هذه الدفوع. أما الدفع بعدم شمول إتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء النزاع فيجب التمسك به فوراً وإلا سقط الحقّ فيه.

ويجوز فى جميع الأحوال أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب مقبول.

٣- تفصل هيئة التحكيم فى الدّفوع المشار إليها فى الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل فى الموضوع أو أن تضمنها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً. فإذا قضت برفض الدفع، فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها وفقاً للمادة (٥٣) من هذا القانون.

مـــادة (٢٣) يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. ولايترتب على بطلان العقد أو فسخ أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً فى ذاته (١).

مـــادة (٢٤) ١- يجوز لطرفى التحكيم الاتفاق علي أن يكون لهيئة التحكيم، بناء على طلب أحدهما، أن تأمر أيا منهما باتخاذ ماتراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية (٢) تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات لتدبير الذى تأمر به.

٢- وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، جاز لهيئة التحكيم، بناء على طلب الطرف الآخر، أن تأذن لهذا الطرف فى اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه (٣)، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف فى أن يطلب رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون الأمر بالتنفيذ.

---

(١) قد يجد هذا المبدأ سنده فى نظرية إنتقاص العقد التى تأخذ بها غالبية التشريعات (م ١٢٣ مدنى مصرى).

(٢) واستناداً الى هذا النص، يجوز للطرفين الإتفاق على التحكيم فى المسائل المستعجلة. وهو ماتجيزه المادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتى.

(٣) إذ أن المحكم لايملك إصدار الأوامر المتعلقة بالتنفيذ التى عهد بها المشرع المصرى الى رئيس محكمة استئناف القاهرة.

الباب الرابع
إجراءات التحكيم (١)

مـــادة (٢٥) لطرفى التحكيم الاتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم بما فى ذلك حقهما فى إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة فى أى منظمة، أو مركز تحكيم فى جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة.

مـادة (٢٦) يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه.

مـادة (٢٧) تبدأ إجراءات التحكيم من إليوم الذى يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعى، مالم يتفق الطرفان على موعد آخر.

مـادة (٢٨) لطرفى التحكيم الإتفاق على مكان التحكيم فى مصر أو خارجها. فإذا لم يوجد إتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملاءمة المكان لأطرافها. ولايخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم فى أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الاطلاع على مستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك.

---

(١) ماسبق رقم ٩٧ ومابعده.

مادة (٢٩) ١- يجرى التحكيم باللغة العربية مالم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى. ويسرى حكم الاتفاق أو القرار على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة وعلى المرافعات الشفهية وكذلك على كل قرار تتخذه هذه الهيئة أو رسالة توجهها أو حكم تصدره مالم ينص إتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك.

٢- ولهيئة التحكيم أن تقرر أن يرفق بكل أو بعض الوثائق المكتوبة التى تقدم فى الدعوى ترجمة إلى اللغة أو اللغات المستعملة فى التحكيم. وفى حالة تعدد هذه اللغات يجوز قصر الترجمة على بعضها.

مادة (٣٠) ١- يرسل المدعى خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذين تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين بياناً مكتوباً بدعواه يشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعى عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد للمسائل محل النزاع وطلباته وكل أمر آخر يوجب إتفاق الطرفين ذكره فى هذا البيان.

٢- ويرسل المدعى عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذى تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه رداً على ماجاء ببيان الدعوى، وله أن يضمن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة، وله ذلك ولو فى مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر التأخير.

٣- يجوز لكل من الطرفين أن يرفق ببيان الدعوى أو بمذكرة الدفاع على حسب الأحوال، صوراً من الوثائق التى يستند إليها وأن

يشير إلى كل أو بعض الوثائق وأدلة الإثبات (١) التى يعتزم تقديمها. ولايخل هذا بحقّ هيئة التحكيم فى أى مرحلة كانت عليها الدعوى فى طلب تقديم أصول المستندات أو الوثائق التى يستند إليها أى من طرفين الدعوى.

مـادة (٣١) ترسل صورة مما يقدمه أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الآخر وكذلك ترسل إلى كل من الطرفين صورة من كل مايقدم إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة.

مـادة (٣٢) لكل من طرفى التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم مالم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعاً من تعطيل الفصل فى النزاع.

مـادة (٣٣) ١- تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكيم كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته، ولها الإكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة مالم يتفق الطرفان على غير ذلك.

٢- ويجب إخطار طرفى التحكيم بمواعيد الجلسات والإجتماعات التى تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذى تعينه لذلك بوقت كاف تقدره هذه الهيئة حسب الظروف.

---

(١) واذا كان القانون المصرى هو الواجب التطبيق، فان القاعدة أن الإثبات فى المواد التجارية يكون بالبينة- ومع ذلك ، فان بعض المسائل التجارية لايستقيم إثباتها إلا بالكتابة مثل الأوراق التجارية وعقود الشركات التجارية وعقود بيع السفن على ان الاثبات بالبينة فى المواد التجارية ليس حقاً للخصم فيجوز للمحكم ان يأذن به أو يرفضه طبقاً لظروف النزاع.

والعبرة فى الاثبات بطبيعة النزاع، وصفة الخصم المراد الاثبات ضده.

٣- وتدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدها هيئة التحكيم فى محضر تسلم صورة منه إلى كل من الطرفين مالم يتفقا على غير ذلك.

٤- ويكون سماع الشهود والخبراء بدون أداء يمين.

مادة (٣٤) ١- إذا لم يقدم المدعى دون عذر مقبول بياناً مكتوباً بدعواه وفقاً للفقرة الأولى من المادة (٣٠) وجب أن تأمر هيئة التحكيم بإنهاء إجراءات التحكيم مالم يتفق الطرفان على غير ذلك.

٢- وإذا لم يقدم المدعى عليه مذكرة بدفاعه وفقاً للفقرة الثانية من المادة (٣٠) من هذا القانون وجب أن تستمر هيئة التحكيم فى إجراءات التحكيم دون أن يعتبر ذلك بذاته إقراراً من المدعى عليه بدعوى المدعى، مالم يتفق الطرفان على غير ذلك.

مادة (٣٥) إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور إحدى الجلسات أو عن تقديم ماطلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الإستمرار فى إجراءاته التحكيم وإصدار حكم فى النزاع إستنداً إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها.

مادة (٣٦) ١- لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهى يثبت فى محضر الجلسة بشأن مسائل معينة تحددها. وترسل إلى كل من الطرفين صورة من قرارها بتحديد المهمة المسندة إلى الخبير.

٢- وعلى كل من الطرفين أن يقدم إلى الخبير المعلومات المتعلقة بالنزاع، وأن يمكنه من معاينة وفحص مايطلبه من وثائق أو بضائع أو أموال أخري متعلقة بالنزاع، وتفصل هيئة التحكيم فى كل نزاع

يقوم بين الخبير وأحد الطرفين فى هذا الشأن.

٣- وترسل هيئة التحكيم صورة من تقرير الخبير بمجرد إيداعه إلى كل من الطرفين مع إتاحة الفرصة له لإبداء رأيه فيه، ولكل من الطرفين الحقّ فى الإطلاع على الوثائق التى استند إليها الخبير فى تقريره وفحصها.

٤- ولهيئة التحكيم بعد تقديم الخبير أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفى التحكيم عقد جلسة لسماع أقوال الخبيرة مع إتاحة الفرصة للطرفين لسماعه ومناقشته بشأن ماورد فى تقريره. ولكل من الطرفين أن يقدم فى هذه الجلسة خبيراً أو أكثر من طرفه لإبداء الرأى فى المسائل التي تناولها تقرير الخبير الذى عينته التحكيم مالم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك.

مــادة (٣٧) يختص رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون بناء على طلب هيئة التحكيم بما يأتى:

(ز) الحكم على من يتخلّف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها فى المادتين ٧٨ (١) و (٨٠) (٢)من قانون الإثبات المواد المدنية والتجارية.

(ب) الأمر بالإنابة القضائية.

مــــادة (٣٨) ينقطع سير الخصومة أمام هيئة التحكيم فى الأحوال

---

(١) وهى غرامة مقدارها عشرين جنيهاً ... إذ ليس للمحكّم سلطة إجبار الشاهد على الحضور، وهنا يبرز دور القضاء فى معاونة هيئات التحكيم.

(٢) وهى غرامة لاتجاوز مائة جنيه.

وقد عدلت المادتين ١/٧٨، ٨٠ بمقتضى القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وذلك بزيادة قيمة الغرامة المنصوص عليها فيهما الى عشرة أمثالها.

ووفقاً للشروطا المقررة لذلك فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، ويترتب على انقطاع سير الخصومة الآثار المقرّرة فى القانون المذكور(١).

(١) ماسبق رقم ١١٥

الباب الخامس
حكم التحكيم وإنهاء الإجراءات

مــادة (٣٩) ١- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التى يتفق عليها الطرفان. وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين مالم يتفق على غير ذلك.

٢- وإذا لم يتّفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية فى القانون الذى ترى أنه الأكثر اصالاً بالنزاع (١).

٣- يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل فى موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية فى نوع المعاملة.

٤- يجوز لهيئة التحكيم- إذا اتّفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح (٢)- أن تفصل فى موضوع النزاع على مقتضى

---

(١) ومع ذلك، يبقى هذا الاختيار مجرداً عن الرقابة.

(٢) والحكم بالصلح فى المسائل الداخلية يكون ملتزماً بالقانون الآمر والنظام العام الداخلى. وعليه احترام النصوص، إلا إذا تخفف من تطبيقها. أما حدوده فى التحكيم الدولى تنحصر فى مراعاة النظام العام الدولى وله سلطة التخفيف من الحقوق الناشئة من العقد، واستبعاد النتائج أو الآثار المتعلقة بالتطبيق الجامد للشروط التعاقدية ومع ذلك لايستطيع إعادة مناقشة النصوص أو المجادلة فيها، وله سلطة تنظيم السداد التعاقدى وتخفيض الثمن.

يمكن للتحكيم بالصلح أن يجد مجالاً للتدخل بالنسبة لعادات التجارة، متى كان تطبيقها فى النزاع غير عادلّ.

قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون.

مـــادة (٤٠) صدور حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد مداولة (١) تتم على الوجه الذى تحدّده هيئة التحكيم، مالم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك.

مـــادة (٤١) إذا إتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنهى النزاع كان لهما أن يطلبا إثبات شروط التسوية أمام هيئة التحكيم، التى يجب عليها فى هذه الحالة أن تصدر قراراً يتضمن شروط التسوية وينهى الإجراءات، ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ.

مادة (٤٢) يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية أو فى جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها.

مـــادة (٤٣) ١- يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون، وفى حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت فى الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية.

٢- يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لايشترط ذكر أسباب الحكم.

٣- يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وصورة من إتفاق

---

(١) وهى متعلّقة بالنّظام العام، واحترام حقوق الدفاع، وتخلّفها يؤدى إلى بطلان الحكم، ويمكن أن يندرج هذا البطلان فى نص المادة ١/٥٣ بند «ز» من قانون التحكيم الجديد.

التحكيم (١) وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ (٢) ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرها واجباً.

مــادة (٤٤) ١- تسلّم هيئة التحكيم إلى كل من الطرفين صورة من حكم التحكيم(٣) موقعّة من المحكّمين الذين وافقوا عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره.

٢- ولا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم (٤).

مادة (٤٥) ١- على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذى اتفق عليه الطرفان. فإن لم يوجد إتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال إثنى عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم. وفى جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر مالم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك.

---

(١) لتحقق من صدور حكم التحكيم فى نطاق ما اتفق عليه الأطراف، وأن المحكمين لم يتجاوزوا حدود مهمتهم. وإذا لم يشتمل الحكم على صورة من اتفاق التحكيم - وهو بيان جوهرى - كان باطلاً (نقض ٢٣ يناير سنة ١٩٩٠ س ٤١ ص ٢٢١).

(٢) وللتاريخ أهميته فى بدء سريان الفوائد القانونية إذا كان موضوع النزاع الوفاء بمبلغ مترتب على عمل تجارى.

(٣) وعلى ذلك، لايوجب القانون النطق بالحكم فى جلسة علنية أو فى حضور الأطراف إلا إذا اتفقوا على خلاف ذلك. وحتى فى هذه الحالة الأخيرة. فلا يترتب أى بطلان على مخالفة ذلك، لأن النطق بالحكم فى جلسة علنية، أو فى مواجهة الأطراف، لايدخل فى عداد ضمانات الخصومة أو الفصل فى النزاع.

(٤) وذلك لحماية مبدأ السرية، إلا أنه قد تم نشر بعض الأحكام دون موافقة أحد الأطراف، بعد حذف أسماء الخصوم بهدف تكون أحكام وقواعد قانون التجارة الدولى Lex Mercatoira.

الدكتور يعقوب يوسف، شروط صحة الحكم التحكيمى، مجلة الحقوق، جامعة الكويت السنة (١٨) ، ص ٣٥،٣٦،٣٧).

٢- وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال ميعاد المشار إليه فى الفترة السابقة جاز لأى من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون، أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافى أو بإنهاء إجراءات التحكيم. ويكون لأى من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاص بنظرها.

مادة (٤٦) إذا عرتض خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طعن بالتزوير فى ورقة قدمت لها أو إتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن فعل جنائى، جاز لهيئة التحكيم الاستمرار فى نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل فى هذه المسألة أو فى تزوير الورقة (١) أو فى الفعل الجنائى الآخر ليس لازماً للفصل فى موضوع النزاع، وإلا أوقف الإجراءات، حتى يصدر حكم نهائى فى هذا الشأن، ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم.

مـــادة (٤٧) يجب على من يصدر حكم التحكيم لصالحه إيداع أصل الحكم (٢) أو صورة موقع منه باللغة التى صدر بها، أو ترجمة باللغة العربية مصدقاً عليها من جهة معتمدة إذا كان صادراً بلغة أجنبية، وذلك فى قلم كتاب المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون.

ويحرر كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع ويجوز لكل من طرفين

---

(١) أو انصب الطعن بالتزوير على شرط التحكيم ذاته.

(٢) يعتبر إيداع حكم التحكيم دليلاً على إستنفاذ المحكم لسلطته فى النزاع، ويدل على صدور الحكم بالحالة التي أودع بها. وعدم إيداع حكم التحكيم قلم الكتاب المحكمة المشار اليها لايترتب عليه أى بطلان (نقض ١٩٨٧/٢/١٥ مجموعة المكتب الفنى س ٢٩ ص ٤٧٢). إلا أنه يتعين تقديم صورة من المحضر الدال على الإيداع كأحد مستندات الحصول على أمر التنفيذ.

التحكيم طلب الحصول على صورة من هذا المحضر.

مـــــادة (٤٨) ١- تنتهى إجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهى للخصومة كلها أو بصدور أمر بإنهاء إجراءات التحكيم وفقاً للفقرة الثانية من المادة (٤٥) من هذا القانون. كما تنتهى أيضاً بصدور قرار من هيئة التحكيم بإنهاء الإجراءات فى الأحوال الآتية:

(أ) إذا اتّفق الطرفان على إنهاء التحكيم (١).

(ب) إذا ترك المدعى خصومة التحكيم مالم تقرر هيئة التحكيم، بناء على طلب المدعى عليه، أن له مصلحة جدية فى استمرار الإجراءات حتى يحسم النزاع.

(جـ) إذا رأت هيئة التحكيم لأى سبب آخر عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم هيئة التحكيم بإنتهاء إجراءات التحكيم.

مـــادة (٤٩) ١- يجوز لكل من طرفى التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم، خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم، تفسير ماوقع فى منطوقه من غموض. ويجب على طالب التفسير إعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم.

٢- يصدر التفسير كتابة خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير لهيئة التحكيم. ويجوز لهذه الهيئة مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأى ضرورة لذلك.

---

(١) وهذا الإتفاق ملزم للطرفين، ويفقد هيئة لتحيكم ولايتها. إذ يجوز النزول عن التحكيم صراحة بالإلتجاء الى القضاء أو ضمناً بعدم التمسك به (نقض مدني ١٩٨١/٣/٢٦ طعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٧ ق ص ٩٥٣

ويستتبع ذلك سحب طلب التحكيم أو ماقد يقابله من طلبات عارضة.

٣- ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً لحكم التحكيم الذى يفسره وتسرى عليه أحكامه.

مادة (٥٠) ١- تتولى هيئة التحكيم تصحيح مايقع فى حكمها من أخطاء مادية بحتة، كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم. وتجرى هيئة التحكيم التصحيح من غير مرافعة خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ صدور الحكم أو إيداع طلب التصحيح بحسب الأحوال. ولها مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك.

٢- ويصدر قرار التصحيح كتابة من هيئة التحكيم ويعلن إلى الطرفين خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره وإذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها فى التصحيح جاز التمسك ببطلان هذا القرار بدعوى بطلان تسرى عليها أحكام المادتين (٥٤،٥٣) من هذا القانون.

مادة (٥١) ١- يجوز لكل من طرفى التحكيم، ولو بعد إنتهاء ميعاد التحكيم، أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم إصدار حكم تحكيم إضافى فى طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم: ويجب إعلان هذا الطلب إلى الطرف الآخر قبل تقديمه.

٢- وتصدر هيئة التحكيم حكمها خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب ويجوز لها مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك.

الباب السادس
بطلان حكم التحكيم

مادة (٥٢) ١- لاتقبل أحكام التحكيم التى تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية.

٢- يجوز رفع دعوى بطلان (١) حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبنية فى المادتين التاليتين.

مادة (٥٣) ١- لاتقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم، أو كان هذا الاتفاق باطلاً، أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته(٢).

(ب) إذا كان أحد طرفى اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية، أو ناقصها وفقاً للقانون الذى يحكم أهليته.

(جـ) إذا تعذّر على أحد طرفى اتفاق التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه صحيحاً بتعيين محكّم أو بإجراءات التحكيم، أو لأى سبب آخر خارج عن إرادته.

---

(١) وترفع دعوى البطلان بالأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى، ومادام القانون قد أوجب طريقاً معيناً للتمسك بالبطلان هو دعوى البطلان الأصلية فلا يجوز إبداء البطلان بطريق آخر كما لو كان فى صورة دفع فى دعوى أخرى.

(٢) بمعنى أنه اذا صدر الحكم بعد انتهاء المدة الاتفاقية الواردة فى إتفاق التحكيم، جاز رفع الدعوى ببطلانه

(د) إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

(هـ) إذ تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لإتفاق الطرفين.

(و) إذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لايشملها إتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الإتفاق. ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

(ز) إذا وقع بطلان فى حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر فى الحكم.

٢- وتقضى المحكمة التى تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن مايخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية (١).

مادة (٥٤) ١- ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه. ولايحول دون قبول دعوى البطلان لنزول مدعى البطلان عن حقه فى رفعها قبل صدور حكم التحكيم.

---

(١) وهذه هى الحالة الوحيدة التى تقضى فيها المحكمة المختصة بالبطلان ولو لم يطلب منها ذلك، ويندرج فى البطلان المتعلق بالنظام العام مسألة عدم القابلية للتحكيم. وفى غير هذه الحالة، لاترفع دعوى البطلان إلا ممن شرع البطلان لمصلحته. أى من الطرف الذى تقررت القاعدة التى شابها البطلان لمصلحته، كما هو الحال بالنسبة لناقص الأهلية فإنه له وحده رفع دعوى البطلان. ولايقبل تنفيذ حكم التحكيم إذا كان ميعاد رفع دعوى البطلان مازال مفتوحاً.

٢- تختص بدعوى البطلان (١).(٢) فى التحكيم التجارى الدولى المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون. وفى غير التحكيم التجارى الدولى يكون الإختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التى تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

فإذا لجأ المحكوم ضده فى التحكيم إلى القضاء لتحديد النزاع الذى فصل فيه حكم التحكيم، فأن القضاء لايملك الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الحكم الفصل فيها الا إذا تمسك الظرف المحكوم لصالحه بحجية حكم التحكيم - وهذا هو الحال فى مصر.

---

(١) فإذا رفعت دعوى البطلان أمام محكمة غير مختصة، وجب الحكم بعد الاختصاص والاحالة ولاتسقط دعوى البطلان إلا بالنزول عن البطلان بعد نشوئه. ويصح أن يقع النزول عن التمسك بالبطلان صراحة أو ضمناً. وهذا هو الحال عندما يقوم المحكوم ضده بتنفيذ الحكم باختياره، وهو على علم من أمره، ونزول أحد أطراف التحكيم عن التمسك بالبطلان لايمنع غيره من التمسك به.

(٢) وقد قضى بإمكان بطلان حكم التحكيم فى مسائل الإفلاس. استناداً إلى أن هذا الحكم لم يعتد بوجوب وقف الإجراءات الإنفرادية من جانب القضاء، ذلك أن هذه المسألة الأخيرة تتعلق بالنظام العام الداخلى والدولى على حد سواء

Civ. 8 Mars. 1980. Bull Civ.1. No. 65.

الباب السابع

حجية أحكام المحكمين وتنفيذها

مادة (٥٥) تحوز أحكام المحكّمين الصادرة طبقاً لهذا القانون القانون حجّية الأمر المقضى (١) وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فى هذا القانون.

مادة (٥٦) يختص رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين، ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقاً به مايلى:-

١- أصل الحكم أو صورة موقعة منه.

٢- صورة من إتفاق التحكيم.

٣- ترجمة مصدّق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادراً بها.

٤- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقاً للمادة (٤٧) من هذا القانون.

مادة (٥٧) لايترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم

---

(١) وذهبت محكمة باريس فى ٩ يونية ١٩٨١ بأن قوة الشئ المحكوم فيه، هى قاعدة متعلقة بمصلحة خاصة، وليست من النظام العام الداخلى، ومن باب أولى لاتتعلق بالنظام العام الدولى.

Paris. 9 Juin 1981. Rev. arb. 1983. P, 497. Note Vasseur.

وهذا المبدأ، يتمشى مع طبيعة التحكيم الاستثنائية التى تستمد أساسها من قانون الارادة، وقوة الأمر المقضى ترتبط بنهائية قرار التحكيم.

التحكيم (١)، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعى ذلك فى صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنيا على أسباب جدية وعلى المحكمة الفصل فى طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظره. وإذا أمرت بوقف التنفيذ جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالى. وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ، والفصل فى دعوى البطلان ستة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر.

مـــادة (٥٨) ١- لايقبل تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى.

٢- لايجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقيق مما يأتى :

(أ) أنه لايتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية فى موضوع النزاع.

(ب) أنه لايتضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية.

(جـ) أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

٣- ولايجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم. أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة

---

(١) ولكن يترتب على القضاء ببطلان حكم التحكيم عدم جواز تنفيذه وبطلان شق من الحكم لايبطل الشق الثانى مادام الحكم قابلاً للتجزئة. مع مراعاة أن التحكيم بالصلح غير قابل للتجزئة.

وتنتهى مهمة المحكمة المرفوع اليها دعوى البطلان عند الحكم بالبطلان أو رفضه ويصدر الأمر بالتنفيذ أو برفضه فى غيبة الخصوم، فى صورة أمر على عريضة

وفقاً لحكم المادة (٩) من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره.

مراجع البحث
باللغة العربية وباللغات الأجنبية

أولاً : المراجع باللغة العربية

د/ إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولى الخاص. دار النهضة العربية سنة ١٩٨٦ .

د/ أحمد أبو الوفا : التحكيم في القانون الدولى والداخلى - المجلة المصرية للقانون الدولى . المجلة (٥٠) سنة ١٩٩٤ .

د/ أبو زيد رضوان : الأسس العامة فى التحكيم التجاري الدولى . دار الفكر العربى سنة ١٩٨١ .

د/ أحمد شرف الدين : دراسات فى التحكيم التجارى الدولى.

د/ أحمد عشوش : قانون النفط والاتجاهات الحديثة فى تحديد القانون الذي يحكم اتفاقات التنمية الدولية سنة ١٩٧٨ .

- قانون العقد بين ثبات اليقين، واعتبارات العدالة سنة ١٩٨٤ .

- النظام القانونى للاستثمارات الأجنبية فى مصر سنة ١٩٨٨ .

د/ أشرف عبد العليم الرفاعي النظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة.

د/ جلال محمدين : التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. مجلة القانون والبحوث القانونية،

والاقتصادية، بمناسبة اليوبيل الذهبي سنة ١٩٩٣ .

د. چورج حزبون : النظام لقانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الداخلي - مجلة الحقوق، جامعة الكويت. الـ(١١) - العدد (٤) ديسمبر سنة ١٩٧٨ .

د/ سامية راشد : التحكيم في العلاقات الخاصة المجلد الأول، اتفاق التحكيم سنة ١٩٨٤ .

د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص دراسة إنتقادية مكتبة النصر.

- الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة سنة ١٩٩١ .

- الحصانة القضائية والحصانة ضد التنفيذ في القانون الدولي الخاص المقارن سنة ١٩٩١ .

- د/ عبد الحميد الأحدب: محاضرات القاهرة عن المشكلات الأساسية للتحكيم التجاري الدولي من منظور متطور سنة ١٩٨٥ .

د/ عز الدين عبد الله: تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص. مجلة مصر المعاصرة السنة (٦٩). العدد ٣٧ - يناير سنة ١٩٧٨ .

- القانون الدولي الخاص جـ(٢) ط٨ سنة ١٩٧٧ .

د/ عصام القصبي: النفاذ الدولي لأحكام التحكيم سنة ١٩٩٣ . دار النهضة العربية.

د/ عكاشة محمد عبد العال: قانون العمليات المصرفية الدولية.

دراسة فى القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية. سنة ١٩٩٣ .

د/ فؤاد رياض : مركز المشروعات العامة فى القانون الدولى الخاص - مجلة مصر المعاصرة - السنة (٥٧) .

د/ فوزى محمد سامى : فى التحكيم الدولى - سنة ١٩٩٢ .

د/ محسن شفيق · التحكيم التجارى الدولى - دراسة فى قانون التجارة الدولية - الدراسات العليا فى القانون الخاص. سنة ١٩٧٣ ، سنة ١٩٧٤ .

د/ مختار أحمد بربرى - التحكيم التجارى الدولى سنة ١٩٩٥ .

د/ محمد نور شحاتة مفهوم الغير فى التحكيم دار النهضة العربية سنة ١٩٩٦ .

د/ محمد نور عبد الهادى: النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية.

د/ مصطفى الجمال والدكتور عكاشة عبد العال . التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ط (١) سنة ١٩٩٨ .

د/ ناريمان عبد القادر . اتفاق التحكيم، سنة ١٩٩٥ ، دار النهضة العربية.

د/ هشام صادق : مشكلة خلو إتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين فى العلاقات الخاصة الدولية. سنة ١٩٨٧ .

- الموجز فى القانون الدولى الخاص - تنازع القوانين ، سنة ١٩٩٣ .

- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - سنة ١٩٩٥ .

د/ يوسف الإكيابى : النظام القانونى لعقود نقل التكنولوچيا فى مجال القانون الدولى الخاص - سنة ١٩٨٩ .

ثانياً : المراجع باللغة الأجنبية

Ourvages et Articles

BATIFOL et LAGARDE : Traité, éd. 7 .

BATIFOL , H. : La sentence Armco et le droit international Privé, Rev. Crit., 1964.

BAUER, H. : Les traités et les règles de droit international materiel. Rev. Crit. 1966.

- L'Arbitrage et les confits de lois, Revé. Arb., 1957.

BOUBLES : Sentence arbitrale, autorité de la chose jugée et ordonnance, J. C. P., 1961 -I- 1960.

BOUREL : Arbitrage int. et immunite des Etats etrangers, Rev. arb. 1982.

BREDIN : La convention de New York de 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exétion des sentences arbitrales étrangéres, clunet, 1960.

DE BOISSESON : L'arbitrage et la fraude Rev. arb 1993.

DERANINS (Y) : le statut de usages de commerce international devant la juridictions arbitrales. Rev . arb 1973.

-L'application cumultative par l'aaritre des systémes des conflits des lois interssées en litige, Rev. Arb., 1972.

DEBY- GÉRAD : Le rôle de la régle de conflit dand le réglement des rapport internationaux, Thèse, Paris, 1973.

EISMAN (F) : La lex fori de l'arbitrage commercial, Trav. Com. de droit international privé, 1973-1975.

FOUCHARD . "PH" : L'arbitrage commercial international. Dalloz, 1965.

- L'Etat face aux usages du commerce international, Travaux du Comité Français de Droit International, Paris, 1977.

- Arbitrabilite des litiges et proporiété industrielle, Rev. Arb., 1977.

FRAGISTAS (CH) : L'arbitrage értangère et l'arbitrage interne en droit privé, Rev. Crit., 1960.

GAVALDA : Les conflits dans le temps en droit international privé, Thèse, Paris, 1955.

GOLDMAN : Une bataille judiciaire autour de la Lex Mercatoria L'Affaire Norsolar, Rev. Arb., 1983.

- Frontères du droit et Lex - Mercatoria, Archieves de la philosophie de

droit, T.IX, 1964.

La lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international réalité et perspectives. Trav. Com. Fr. dr. int. priv. 1977. 1979.

COULAT : L'arbitrge et les tiers. Rev arbitrage, 1988.

- Les Conflits de lois en matiére d'arbitrage international de droit privé, Rec. de Cours, La Haya, 1968 Vol 109.

J.C.L. : dr international Faxc. 585 - 1 ou procedure civile Fasc. 1050. Fouchard.

- dr international Faxc. 585 - 1 ou procedure civile Fasc. 1050. Fouchard.

- dr international Fasc. 586 - 2 ou procedure civile Fasc. 1056. Goldman.

- dr international Fasc. 586 - 3 ou procedure civile Fasc. 1058. Goldman.

- dr international Fasc. 586 - 4 ou procedure civile Fasc. 100. Goldman.

JACQUET (J.M.) : L'Etat opérateur du commerce international, Clunet, 1989, pp. 629 et s.

KAHN : (P.H) Lex - Mercatoria et Pratique des contrats internationaux - Contrat international économiqe, 1975.

- Force MAJEUR et contrats internationaux clunet, 1965.

KOCHERIE (El) : La notion du contrat international, Thèse Rènnes, 1962.

LAGARDE P. : Le nouveau dr. int Priv. des contrats . Rev. arb., 1978. P.31

LALIVE : - Un récent arbitrage Suisse entre un organisme d'Etat et un Société privé étrangére, 1962.

- Contracts between a State Agency and Foreign Company , Clunet, 1964.

- Les régles de conflit des lois appliqueées au fond du litige par l'arbitre international, Rev. Arb., T. 3, 1976.

- Coure général de droit international privé Recueil des cours, T. (2), 1977.

- Un grand Petrolier entre un governement et deux sociétées privées.

LOQUIN : L'amiable compposition en dr. comparé et int. Paris. 1980.

MAYER : - Le mythe de l'ordre jurdique. Mélanges Goldman. P. 199 et s.

- Lois de police étrangères, clunet. 1981.

SCHNITZER : Le droit international privee siusse. Rec . Cours. La Haye, 1968. t (1) . P. 547.

OPPETIT B. Cass. Mai 1992. Rev. Crit. P. 699 et s.

POMMIER : J.C. : Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international conventionnel. Paris.

ROBERT. J. et MOREAU. B. : L'aritrage dr intern. et dr international privé. Dalloz. 6éd. 1993.

TOUBIANA : Le domaine de la loi du contrat int. priv . Tnèse. Paris . Dalloz . 1973.

مقدمة عامة

تمهيد

شركة الجلال للطباعة
أول شارع السفن-العامرية
☎ ٠١٢/٣٣٢٤٥٠٣